

DE EMPRESARIOS A EMPRENDEDORES: LA RESILIENCIA CORPORATIVA A TRAVÉS DE LA DEVASTACIÓN DE LOS DERECHOS LABORALES

Ana Marta Olmo Gascón

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Castilla-La Mancha*

EXTRACTO

Las recientes reformas laborales no solo han provocado una significativa rebaja de los estándares de protección para los trabajadores y las trabajadoras, además han modificado principios estructurales definitorios del trabajo asalariado en España que tradicionalmente han constituido márgenes infranqueables para el ejercicio del poder de dirección; concretamente, se ha procedido a una traslación inadecuada de la ajenidad en los riesgos al trabajador en situaciones como el despido o las modificaciones sustanciales del contrato de trabajo. Como tercer eje de este proceso, la reforma de la negociación colectiva desmantela el sistema de garantías colectivamente pactadas, reduciendo de este modo la capacidad y el papel de representantes colectivos y sindicales de los trabajadores. Paralelamente se ha articulado un discurso relativo al fomento de la figura del emprendedor que, con origen en directrices comunitarias, se está sustentando en un desarrollo normativo incongruente, impreciso y contraproducente para la generación de un tejido empresarial estable y sostenible, y en todo caso pretextado injustificadamente como motor de las reformas normativas.

Palabras claves: emprendedores, ajenidad, empresarios y reformas laborales.

Fecha de entrada: 16-09-2014 / Fecha de aceptación: 13-10-2014

EMPLOYERS TO ENTREPRENEURS: THE CORPORATE ADAPTABILITY THROUGH THE DEVASTATION OF LABOUR RIGHTS

Ana Marta Olmo Gascón

ABSTRACT

The recent labour reforms have not only led to a significant lowering of protection standards for workers, but have also modified defining structural principles of wage labour in Spain, which have traditionally been insurmountable margins for the exercise of power management; specifically, legislation have proceeded to inadequate translation of the enterprise risk to workers in situations such as dismissal or significant changes of the labour contract. The third axis of this process, the reform of the collective bargaining system, dismantles collectively agreed guarantees, thereby reducing the capacity and role of collective bargaining and union representatives of workers. Simultaneously, there has been an articulated speech on promoting the entrepreneur, which originated in EU guidelines, sustains an inconsistent, inaccurate and counterproductive development legislation for the generation of a stable and sustainable business sector policy development, and in any case it is unjustifiable as an engine of policy reforms.

Keywords: entrepreneurs, ajenidad, employers and labour reforms.

Sumario

1. El desmantelamiento de los derechos laborales como consecuencia del desequilibrio reformativo laboral
 - 1.1. La modificación del despido: revisión de la teoría de la ajenidad en los riesgos
 - 1.2. Mecanismos de flexibilización: el desproporcionado reforzamiento del poder de dirección y la precarización del trabajo asalariado
 - 1.3. La debilitación de la negociación colectiva en el proceso de individualización de las relaciones laborales
2. ¿Un nuevo modelo de sujeto empresarial?: concepto de emprendedor y preferencia normativa por la pequeña y mediana empresa
3. La permisividad legal con el empresario incumplidor
4. Conclusiones: los otros problemas que el legislador no resuelve

1. EL DESMANTELAMIENTO DE LOS DERECHOS LABORALES COMO CONSECUENCIA DEL DESEQUILIBRIO REFORMADOR LABORAL

El [Auto del Tribunal Constitucional de 12 de febrero de 2014](#) ha dado por válida la reforma laboral del [Real Decreto-Ley 3/2012](#) afirmando que concurren los condicionantes de «extraordinaria y urgente necesidad»¹; este pronunciamiento podría constituir el epílogo de un proceso de recorte de derechos que ha diseñado un nuevo escenario para las relaciones laborales, en el que también se perfilan nuevos protagonistas, o al menos en el que se procede a una redistribución de fuerzas entre los actores sociales. Los nuevos emprendedores disponen de una normativa laboral que les permite la utilización de una ingente mano de obra desempleada de forma flexible, y de una extinción contractual más acomodada a sus intereses económicos, reformulación normativa que se ha producido sin ningún reparo², pero que posiblemente no sea ni la última ni la peor

¹ *Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, convalidado por *Ley 3/2012, de 6 de julio*, del mismo título. *Auto de 12 de febrero de 2014*, sobre la cuestión de inconstitucionalidad núm. 3801-2013, promovida por el Juzgado de lo Social núm. 34 de Madrid; sucintamente y entre otras razones, el voto particular que disiente del Auto del magistrado VALDÉS DAL-RÉ explica que es imposible encontrar un nexo causal entre la entrada en vigor de la nueva indemnización por despido o del régimen de los salarios de tramitación en los supuestos de despidos improcedentes (pág. 5), con las «condiciones necesarias para que la economía española pueda volver a crear empleo y así generar la seguridad necesaria para trabajadores y empresarios, para mercados e inversores» (pág. 9), expresiones de la Exposición de Motivos de la norma de extrema ambigüedad que imposibilitan cualquier juicio de constitucionalidad (pág. 12); así, se cuestiona «qué mercados son los beneficiarios de las medidas laborales sobre el abaratamiento de los despidos improcedentes, injustificados o, por utilizar el lenguaje del Convenio núm. 158 de la OIT, "sin justa causa"?: ¿los nacionales, los europeos, los emergentes o, también, los internacionales, sin mayores precisiones territoriales?; ¿los crediticios, los productivos, los comerciales, los bursátiles, los especulativos o, todos ellos, simultánea y acumuladamente?» (pág. 13). Concluye el magistrado a este respecto que «La norma no busca actuar sobre la realidad presente de nuestra economía, intentando de manera inmediata, como exigiría el poder legislativo del que excepcionalmente se ha hecho uso, invertir su sentido recesivo; muy antes al contrario, pretende operar de manera presuntamente preventiva, de futuro y permanente» (pág. 15). Seguidamente el voto particular analiza cuestiones instrumentales (págs. 16 y ss.), y posteriormente reputa a la modificación del régimen del despido y de los salarios de tramitación la afectación de «un elemento esencial y estructural del derecho a la tutela judicial efectiva» (pág. 24), al menoscabar de manera sustancial la débil posición jurídica del trabajador, señalando finalmente que «el nuevo régimen de los salarios de tramitación incentiva resueltamente la opción del empresario a favor de la no readmisión del trabajador, contrariando así de manera frontal la confesada voluntad del legislador excepcional de moderar las decisiones empresariales dirigidas a destruir empleos» (pág. 24). Un comentario al Auto en: <http://baylos.blogspot.com.es/search?updated-max=2014-03-03T21:20:00%2B01:00&max-results=7>, consultado el 14 de marzo de 2014.

² «Como es característico de la economía de mercado, la situación personal del trabajador despedido no tiene ninguna relevancia», constituyendo un mero factor ambiental que se traduce en costes económicos; BAYLOS GRAU, A. y PÉREZ REY, J.: *El despido o la violencia del poder privado*, Madrid: Trotta, 2009, pág. 31.

para los intereses de la clase trabajadora española por lo que, visto con perspectiva, la sentencia mencionada no formaliza la conclusión de un proceso significando, en todo caso, el final de una etapa acodada por los sucesivos pronunciamientos del Tribunal Constitucional que irán salvando la constitucionalidad de las reformas³. La deriva de la recuperación de los mercados a nivel global arrastrará previsiblemente a nuestra economía nacional, pero la mejora de las condiciones laborales no se producirá ni rápida ni completamente.

Reformas como las sufridas en 2012 conllevan consecuencias nefastas en los planos teórico y práctico que convergen en el adelgazamiento de la normativa laboral y su carácter *pro operario*; los derechos laborales modificados a la baja en contadas ocasiones se reponen a su estado inicial (la excepción a esta hipótesis la constituye la determinación anual del salario mínimo interprofesional que normalmente se incrementa), con lo que se está provocando un desgaste progresivo y continuo del estatus jurídico garantizado en la legislación⁴. En la práctica, los efectos de la aplicación de las reformas a la baja ocasionan que condiciones que han sido eliminadas en perjuicio del empleado alegando, por ejemplo, razones económicas, no se reestablezcan cuando tales motivaciones han desaparecido; las normas laborales no contienen indicaciones en este sentido quedando en manos de la autonomía colectiva el complejo proceso de recuperación de derechos. Esta carencia normativa ha sido, en ocasiones, resuelta por la negociación colectiva que ha previsto que particularmente en los despidos fundamentados en causas económicas el trabajador despedido tendrá preferencia para recuperar su puesto de trabajo una vez superada la situación de crisis por la empresa⁵. Estos vacíos normativos en detrimento del trabajador se evidencian también en el artículo 41 del [Estatuto de los Trabajadores](#) (ET) en el que una vez superadas las causas económicas que justifican la modificación sustancial de condiciones, no se contempla disposición alguna que compela al empresario a restituir la situación original más beneficiosa del trabajador.

En el presente estudio se tratará de evidenciar que las recientes reformas laborales han efectuado una transformación normativa transcendental con dos características: una técnica legisla-

³ La [STC 119/2014 de 16 de julio de 2014](#) (rec. núm. 5603/2012), dando por válido el periodo de prueba de un año en el contrato de fomento de la contratación indefinida de apoyo a los emprendedores en empresas de hasta 50 trabajadores, además de declarar la constitucionalidad de cuestiones relativas a la negociación colectiva muy controvertidas; *cfr. infra* 1.3.

⁴ En cuanto a la retribución y en consonancia con el alza de las variables mediante las que se calcula, normalmente el salario mínimo se eleva año tras año. En España en los dos últimos años su cuantía se ha congelado en una cantidad insuficiente para garantizar un nivel digno de subsistencia –645,30 euros/mes– ([RD 1717/2012, de 28 de diciembre](#), por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2013, cuya cuantía se reitera para el 2014 a través del [RD 1046/2013, de 27 de diciembre](#)).

⁵ La redacción original del ET trataba adecuadamente esta posibilidad en los despidos objetivos en empresas de menos de 50 trabajadores, al establecer que: «Si en el plazo de un año se volviera a crear la plaza amortizada, el trabajador despedido tendrá preferencia absoluta para ocuparla». Artículo 52 c), [Ley 8/1980 por la que se aprueba el Estatuto de los Trabajadores](#).

tiva inadecuada que quiebra los equilibrios contractuales propios de cualquier disciplina jurídica y, de forma añadida, ha procurado un régimen aplicativo más favorable para la generalidad de los empresarios bajo la justificación de que los que se encuentran en crisis precisan mecanismos de flexibilidad⁶. En segundo lugar, se reflexiona sobre el contenido material de la normativa modificada que, ideológicamente, se dirige claramente a un modelo de empresario determinado –pequeña y mediana empresa–, en tanto que la concreción de las condiciones laborales en estos entornos empresariales normalmente adolece del amparo de la representación colectiva y sindical, procurando una individualización de las relaciones laborales y una política abiertamente anti-compositiva de los conflictos laborales. Posteriormente se revisan algunos márgenes irrazonables de tolerancia del sistema con los incumplimientos empresariales, y finalmente se concluye con unos problemas en la sectorización y formación empresarial usuales en nuestro país, y en los que el legislador no interviene adecuadamente. El desmembramiento del que está siendo objeto el ordenamiento laboral es francamente preocupante y los estudiosos del Derecho del Trabajo nos encontramos obligados a denunciar el avasallamiento al que está siendo sometida la ciudadanía, y especialmente las trabajadoras y los trabajadores españoles.

1.1. LA MODIFICACIÓN DEL DESPIDO: REVISIÓN DE LA TEORÍA DE LA AJENIDAD EN LOS RIESGOS

El sistema español de extinción de la relación laboral por voluntad del empresario tradicionalmente se ha sustentado en tres pilares: causalidad, procedimentalidad e indemnización (con la excepción del despido disciplinario respecto al último extremo). Mientras las causas han sido convenientemente determinadas, o determinables, y las compensaciones económicas se han mantenido en unos márgenes razonables (aunque insuficientes como tendremos oportunidad de argumentar), el régimen del despido no ha constituido una ruptura concluyente de la teoría general de los contratos. Esta materia se ha frecuentado partiendo de dos posibilidades: la ruptura del vínculo contractual laboral por una de las partes queda lo suficientemente compensada a través de una indemnización económica, o en sentido contrario, el despido efectuado irregularmente al no provocar como consecuencia jurídica la reposición del empleado en su puesto de trabajo en las mismas condiciones laborales que venía disfrutando es un acto arbitrario pero autorizado normativamente cuya compensación no subsana adecuadamente el quebranto provocado al trabajador. Concretamente, y aunque el objeto de este estudio no es el análisis de las posiciones doctrinales acerca del despido, mayoritariamente se conceptúa como un desistimiento unilateral del empresario más que como un modo de resolución judicial del contrato, pues realmente frente a la extinción, al trabajador solo le queda la vía judicial para reparar el daño que se le ha genera-

⁶ La retórica de la reforma del [Real Decreto-Ley 3/2012](#) ha sido expuesta en relación con los efectos que provoca para todos los trabajadores, declarando una finalidad distinta (por ej., rebajar la tasa de desempleados); URRUTIKOETXEA BARRUTIA, M.: «El preámbulo del RD Ley 3/2012, o las retóricas de la manipulación», *RDS*, núm. 57, 2012, pág. 28.

do⁷; de este modo es preciso revisar la conceptualización de esta institución para advertir que las sucesivas reformas de su régimen inciden tan severamente en su naturaleza y funcionalidad que contravienen elementos esenciales de la laboralidad propia del trabajo asalariado.

La tolerancia normativa con los incumplimientos contractuales del empresario ha sido una seña de identidad de nuestro régimen de despido discutiblemente atemperada por el sistema indemnizatorio; dejando de lado el Derecho Público regido por principios e intereses generales que lo justifican, en ninguna rama de nuestro ordenamiento el incumplimiento contractual de una de las partes es regulado con tal permisividad (piénsese en el contrato de compraventa, hipoteca, etc., en los que la normativa favorece la reposición de la situación al estado original de equilibrio de derechos y obligaciones de las partes). Cuando el empresario desiste en el contrato laboral, sin existir causa suficiente (o existiendo, sin quedar lo suficientemente acreditada) o no habiendo seguido el procedimiento ordenado para ello, la declaración de improcedencia realmente supone que la pervivencia del contrato se deja en manos de la decisión empresarial de readmitir en vez de indemnizar, de forma que judicialmente se permite que el empresario infractor, pues despidió sin la causa o sin la forma exigidas por el ordenamiento, decida si el vínculo contractual pervive [«*La opción por la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo (...)*», art. 56.1 ET]. Esta construcción ya de por sí controvertida, pero que se fundamenta en que la indemnización compensa suficientemente y en que en los supuestos de improcedencia se debe permitir al empresario optar entre readmitir o indemnizar al ser el propietario de los medios de producción (salvo en el caso de representantes de los trabajadores), se torna en insostenible jurídicamente cuando el precio de la indemnización se rebaja hasta los límites actuales en los que no hay ponderación alguna entre la pérdida y el resarcimiento económico propuesto normativamente.

Desde el punto de vista de la metodología legislativa sería conveniente que la normativa diferenciara entre si el vínculo contractual que se rompe es temporal o indefinido, diversificando las consecuencias en los dos supuestos, pues el daño que se provoca al trabajador es obviamente mayor en las relaciones laborales fijas. El artículo 35.1 de la CE habla de derecho al trabajo sin diferenciar regímenes temporales o indefinidos, pero si la contratación es permanente, el derecho constitucional se desarrolla convenientemente, pues la redacción constitucional que declara la existencia del derecho al trabajo no se cumple cuando el ciudadano es empleado ocasionalmente sin generar «*la remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades*». Claro que la antigüedad del trabajador opera como una medida de ponderación del perjuicio y la indemnización, pero si la norma establece una baja cuantía y además se ve limitada, salvo mejora por parte del empresario, en 12 mensualidades en despidos procedentes (art. 53.1 ET) o 24 mensualidades en caso de improcedencia (art. 56.1 ET), queda completamente en entredicho la función compensadora de

⁷ BAYLOS GRAU, A. y PÉREZ REY, J.: *El despido o la violencia del poder privado*, op. cit., págs. 26 y 27, con análisis de las diferentes corrientes doctrinales en la materia. Respecto al posterior control judicial, provoca «la aparente paradoja de proclamar la eficacia extintiva extrajudicial del despido y, a su vez, dotar al órgano judicial de un papel clave en la extracción de consecuencias de dicha extinción que, en ocasiones, pueden consistir en la propia resurrección de la relación a la que el empresario puso fin por su propia voluntad», pág. 28.

la medida; además, la reforma del artículo 56.2 del ET, tras la que la readmisión implica el pago de los salarios de tramitación, favorece abiertamente la opción del empresario a favor de la extinción, de forma que la norma no tutela al empleado, pero ni tan siquiera se muestra con un carácter neutral pues constriñe la decisión del empresario a favor de la extinción, lesionando al trabajador contrariamente a la regla de conservación del negocio jurídico (principio de *favor contractus*)⁸. En relación con estos salarios en los despidos disciplinarios, la doctrina ha manifestado que tras la Ley 3/2012 «estos desaparecen, simplemente, cuando en el despido improcedente disciplinario se opte por la readmisión, dándose a la decisión ilícita del empresario una eficacia constitutiva absolutamente incongruente con la lógica contractual: terminará efectivamente el contrato cuando el empresario exprese su voluntad al respecto, pese a su ilicitud, a su falta de regularidad formal o a la ausencia de justificación suficiente»⁹. Esta «normalización de la ilicitud del despido»¹⁰ resulta un incumplimiento a la teoría general de los contratos de tal magnitud que debe calificarse como un abuso de derecho que desestructura la normativa laboral y el sistema de fuentes de Derecho del Trabajo. En realidad se está considerando el contrato laboral como un negocio jurídico sujeto a condición resolutoria (causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, o las indicadas para el despido objetivo) en el que la ampliación legal de las mismas con carácter subjetivo e impreciso enervan la posición jurídica del empleado, de tal modo que la regulación legal está permitiendo el despotismo jurídico a través del instrumento contractual individual.

El papel del contrato como fuente del Derecho Laboral está siendo revisado doctrinalmente tras las últimas reformas; si «la ley laboral trata de organizar un intercambio justo de trabajo por salario en el que se tengan en cuenta y se protejan en el mismo contrato los intereses de las dos partes, no solo los de una», no es posible debilitar la protección de los intereses del trabajador en el contrato, a cambio de una tutela exclusivamente normativa dependiente del devenir económico, como pretende la retórica de la flexiseguridad; en palabras del mismo autor: «El deterioro de la causa subjetiva del empresario debido a circunstancias sobrevenidas no puede tener una potencia tal como para provocar el despido sin entrar antes en una ponderación con los intereses de la otra parte», esta postura, presente en las reformas, desnaturaliza la causa objetiva del contrato,

⁸ Los rasgos definitorios de este principio en: GRASSETTI, C.: «Conservazione (Principio di)», *Enciclopedia del Diritto*, vol. IX, Milán: Giuffrè, 1961, pág. 174.

⁹ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^ªF.: «La reforma del régimen del despido por la vía de la reducción de sus costes», *RDS*, núm. 57, pág. 206. Sobre la sutileza normativa por la que se suprime el despido expreso pero se subsana formalmente la ausencia de control judicial siempre que el empresario reconociera la improcedencia e indemnizara: RUIZ CASTILLO, M.^ªM.: «La última modificación legal del despido por absentismo desde la nueva panorámica del despido en la reforma de 2012», *RDS*, núm. 57, 2012, págs. 218-219.

¹⁰ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^ªF.: «La reforma del régimen del despido...», *op. cit.*, pág. 206, que concluye la necesidad de volver al contrato como instrumento equilibrador de las relaciones laborales; pág. 208. No encuentra esta presión al empresario en tanto que la opción normativa no es entre salarios de tramitación y nada, sino entre estos salarios y una indemnización: GOERLICH PESET, J. M.^ª: «Causas y procedimientos extintivos reformados en 2012: Experiencia aplicativa e incertidumbres subsistentes», en *La aplicación práctica de la reforma laboral. Un estudio de la Ley 3/2012 y de los Reales Decretos-Leyes 4/2013 y 5/2013*, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. R. (dir.), Valladolid: Lex Nova-Thomson Reuters, 2013, pág. 170.

su fin social, y como los propios economistas reconocen, no toda circunstancia económica o técnica negativa debe derivar o permitir una extinción contractual¹¹. Adicionalmente se revisita el sistema indemnizatorio, atendida la insuficiencia en la cuantía prevista normativamente que pone en evidencia la grave carencia de nuestra regulación al no configurar la readmisión obligatoria como respuesta a la ilegitimidad del despido, patrimonializando el daño que se ocasiona al trabajador por la pérdida de su puesto de trabajo, que se compensa mediante una reparación económica. Doctrinalmente¹² ni tan siquiera se ha integrado en el contenido esencial del artículo 35 de la CE la readmisión como elemento garantista de salvaguardia de la precisa causalidad del despido, si bien, al menos se ha ponderado la lesión que provoca la pérdida del empleo en términos de una suficiencia indemnizatoria que aleje el sistema extintivo del contrato «del terreno del libre arbitrio empresarial». Esta suficiencia compensatoria se ha descompuesto notablemente con la reforma de 2012; la exigüidad de la indemnización económica en los supuestos de improcedencia es absolutamente menesterosa y no subsana el menoscabo provocado, y si el despido también forma parte de la política de empleo de un Estado, precisamente en un marco de altísimas tasas de desempleo, la indemnización para el trabajador debería incrementarse, no reducirse, pues las posibilidades de acceder a un nuevo puesto de trabajo son más bien improbables y la lesión generada por la decisión empresarial anormal es aún mayor¹³. Además de la rebaja de los costes del despido, reduciendo las indemnizaciones por la extinción improcedente a 33 días de salario por año de servicio con un máximo de 24 mensualidades (prestaciones laborales hasta el 12 de febrero de 2012: compensadas con 45 días por año trabajado con un máximo de 42 mensualidades, art. 56.1 ET y disp. trans. 5.^a Ley 3/2012) se penaliza la readmisión de los trabajadores en su caso, estableciendo en este supuesto el pago al trabajador de los salarios de tramitación devengados (art. 56.2 ET). Especialmente gravoso para los trabajadores resulta la reducción de la indemnización del despido disciplinario declarado judicialmente improcedente, modificación injusta y disfuncional que permite al empresariado lesionar gravemente derechos del trabajador (en los casos de acusaciones falsas) por una cantidad de dinero más que modesta¹⁴. En conclusión, la indemnización como compensación económica al menoscabo provocado al trabajador por la pérdida de su

¹¹ APARICIO TOVAR, J.: «Las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción como justificativas del despido», en BAYLOS GRAU, A. (coord.), *Políticas de austeridad y crisis en las relaciones laborales: la reforma de 2012*, Albacete: Bomarzo, 2012, págs. 270-271.

¹² BAYLOS GRAU, A. y PÉREZ REY, J.: *El despido o la violencia del poder privado*, op. cit., págs. 72 y ss., especialmente págs. 58-59.

¹³ BAYLOS GRAU, A. y PÉREZ REY, J.: *El despido o la violencia del poder privado*, op. cit., págs. 72 y ss., especialmente págs. 67 y ss. Además, como acertadamente se ha observado «reducir el coste de los despidos de todos los trabajadores no mejora la suerte de los trabajadores precarios, ni les dota de más estabilidad»; URRUTIKOETXEA BARRUTIA, M.: «El preámbulo del RD Ley 3/2012...», op. cit., pág. 28. Frente a las extensas exposiciones de motivos de las leyes laborales promulgadas en 2012 (y 2013) plagadas de justificaciones, llama la atención que en relación con el despido de los empleados públicos el legislador no ofrezca ni justificación ni finalidad de tales extinciones; TRILLO PÁRRAGA, F.: «Régimen jurídico del despido de empleados públicos», en BAYLOS GRAU, A. (coord.), *Políticas de austeridad y crisis en las relaciones laborales: la reforma de 2012*, Albacete: Bomarzo, 2012, págs. 299-300.

¹⁴ APARICIO TOVAR, J.: «Las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción...», op. cit., págs. 256-257.

puesto de trabajo no es simplemente una decisión de técnica legislativa del Gobierno de turno que pueda rebajarse o flexibilizarse por razones como la competitividad, y que ni tan siquiera podría abandonarse a la voluntad de las partes¹⁵: se trata de una característica básica del modelo contractualista de nuestro Derecho Laboral según señala el artículo 3.1 c) del ET que marca al contrato como fuente del derecho, por lo que obviamente debe ajustarse a unas reglas de equidad mínimas.

En cuanto a los motivos, el régimen del despido ya descausalizado a través de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, se amplía en la actualidad hasta límites posiblemente inconstitucionales¹⁶; la Ley 3/2012 además de reducir la cuantía de las indemnizaciones por despido improcedente y suprimir los salarios de tramitación en caso de no readmisión, facilita la extinción por absentismo laboral justificado, suprime la autorización administrativa en los despidos colectivos, y flexibiliza las causas objetivas empresariales para despedir individual o colectivamente. La modificación de las causas para proceder a efectuar despidos colectivos (art. 51.1 ET), a pesar de incluir «la razonabilidad de la decisión extintiva» se supedita a «contribuir a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación de la misma a través de una más adecuada organización de los recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda» de forma que, por un lado, se incluyen criterios que por su enorme abstracción dan un margen de discrecionalidad enorme a la empresa para decidir si despide y, además, con efecto preventivo, es decir, despidos a la expectativa de que se produzcan circunstancias negativas que eventualmente se presentarán o no. Esta medida no favorece exclusivamente al empresariado que sufre una situación de crisis, pueden beneficiarse de la misma empresas que no estando en una situación económica comprometida, sencillamente acrediten que las extinciones favorecen su competitividad, cuestión sencilla en la medida que implican una rebaja de costes para su actividad. Tras la modificación del juicio de ponderación judicial efectuado por la Ley 3/2012, esta potestad empresarial aún se facilita más, pero en esencia el problema de la descausalización del despido ya viene de la Ley 35/2010. Concretamente la Ley 3/2012 elimina la mención en la causa económica que obligaba a que las pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente del nivel de ingresos «puedan afectar a su viabilidad o a su capacidad de mantener el volumen de empleo», suprimiéndose el nexo causal exigible para proceder a las extinciones; en cambio, en las causas organizativas se añaden los cambios «en el modo de organizar la producción» permitiendo de este modo decisiones incluso descabelladas,

¹⁵ Principio indemnizatorio que el Tribunal Constitucional ha garantizado cuando la extinción contractual no está amparada por motivos justificados (por ejemplo, disciplinarios) por lo que: «en un ordenamiento que ha constitucionalizado el derecho del trabajo, el tema de la extinción y su régimen jurídico no es algo que el legislador pueda libremente disponer porque tutela valores de la máxima relevancia», FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.ª F.: «La reforma del régimen del despido...», *op. cit.*, pág. 201.

¹⁶ BAYLOS GRAU, A.: «La ruptura de los equilibrios organizativos y colectivos y la exaltación del poder privado del empresario en la ley 3/2012» en BAYLOS GRAU, A. (coord.), *Políticas de austeridad y crisis en las relaciones laborales: la reforma de 2012*, Albacete: Bomarzo, 2012, pág. 14. La reforma de la Ley 35/2010 abarató los costes y flexibilizó las causas del despido radicalmente: *cfr.* PÉREZ REY, J.: «El despido en la reforma de 2010: los costes y la indemnización como medida de adecuación a las exigencias del mercado», en BAYLOS GRAU, A. (coord.), *Garantías de empleo y derechos laborales en la Ley 35/2010 de Reforma Laboral*, Albacete: Bomarzo, 2011, págs. 141-173.

pero que quedan legalizadas en la medida que se circunscriben al desarrollo del poder de dirección empresarial. Del resto de las modificaciones en el régimen del despido colectivo comentadas se aprovecha, lógicamente, todo el empresariado que actualmente disfruta de un sistema de despido colectivo bastante accesible, sin precisar acreditar una situación económica negativa real y presente; la finalidad de la norma no se cumple quebrando los más básicos principios que ordenan cualquier sistema jurídico: se amplían las causas económicas para empresarios con dificultades financieras, pero se rebaja la cuantía del despido improcedente para los despidos sin causa efectuados por empresas solventes, constituyendo sin embargo la causa organizativa la vía más sencilla e incontrolable que ahora se beneficia de esa disminución económica en la indemnización en caso de improcedencia.

La enumeración ejemplificativa de las situaciones que pueden generar una causa económica, técnica, organizativa o de producción desencadenante de un despido colectivo o individual objetivo –art. 52 c) ET–, una modificación sustancial de las condiciones de trabajo o una movilidad geográfica es bastante deficiente y para desentrañar su significado es preciso dirigirse al artículo 40.1 del ET para colegir que «se considerarán tales las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica»¹⁷, y sobre todo para recordar que el precepto agrega la necesidad de la justificación del traslado, añadido que no aparece en el artículo 51 del ET permitiendo interpretaciones pro empresario inadecuadas por desproporcionadas. Lógicamente, que concurren situaciones de crisis empresarial no justifica en sí la necesidad de un traslado si este no mejora las perspectivas empresariales; lo mismo cabe defender respecto al despido, pero además una lectura en un sentido contrario también refuerza esta interpretación pues la abstracción de las causas, que el listado sea meramente ejemplificativo («entre otras») y la eventualidad e incertidumbre sobre su existencia en un futuro («pérdidas previstas») hace de los «despidos preventivos un peligro evidente»¹⁸ y aconseja reformar el precepto introduciendo la exigencia a la empresa de la acreditación del nexo causal entre la medida y el resultado para lo que es imprescindible eliminar las pérdidas previsibles.

En cuanto a la operatividad de las causas y a pesar de las reformas, estas no se aplican de manera automática; tras la modificación de la Ley 3/2012 el control judicial debe ceñirse a una valoración sobre la concurrencia de las causas, pero ello no exime al empresariado de acreditar la existencia de los hechos previstos en la norma y su suficiencia¹⁹; defender lo contrario signifi-

¹⁷ APARICIO TOVAR, J.: «Las causas del despido...», *op. cit.*, pág. 159.

¹⁸ APARICIO TOVAR, J.: «Las causas económicas, técnicas, organizativas...», *op. cit.*, pág. 267.

¹⁹ APARICIO TOVAR, J.: «Las causas del despido...», *op. cit.*, págs. 146 y 156. La valoración sobre la concurrencia de la causa alegada por el empresario por parte del juez no es una mera constatación que funciona de forma automática; se trata de una operación jurídica en la que el control judicial debe valorar si las circunstancias alegadas constituyen «una situación económica negativa de tal entidad y gravedad suficiente como para que la medida de despedir sea idónea», en la que además el juez debe acreditar la adecuación de la extinción contractual frente a medidas menos lesivas para el trabajador, como la modificación de condiciones laborales o las suspensiones contractuales temporales; págs. 160 y 163.

ca que la norma consiente y acepta que la empresa mienta o falsee la realidad. En este sentido, la [Ley 11/1994](#) preveía que si las causas eran estrictamente económicas, la medida extintiva debía servir para superar la situación económica negativa y que si obedecían a motivos técnicos, organizativos o de la producción debían coadyuvar a «*superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa, ya sea por su posición competitiva en el mercado o por exigencias de la demanda, a través de una mejor organización de los recursos*», por lo que «la causalidad era genérica y no se concretaba, en cambio se hacía un especial esfuerzo en la determinación de los juicios finalistas o de proporcionalidad», de forma que los jueces podían entrar en los intersticios de la empresa y «analizar las causas que dieron lugar a la crisis y las perspectivas que para su futuro se derivaban de los despidos»²⁰. La reforma de 2010 generaliza las causas entre los despidos colectivos e individuales y limita la revisión de la causalidad en los económicos al análisis de la viabilidad de la empresa, y en el resto de extinciones del artículo 51 del [ET](#) con carácter finalista a que la medida fuera razonable para «*contribuir a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación de la misma a través de una más adecuada organización de los recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda*», de nuevo futuribles, que deben ser eliminados pues no son procedentes en ningún sistema jurídico reglamentado y solvente; finalmente, la [Ley 3/2012](#) «elimina todos los elementos definidores de la causalidad y parece claro que la voluntad del legislador es que sea el empresario el que considere si existe causa y, si es así, que se limite a negociar con los representantes de los trabajadores quiénes y cuántos se van», como prueba que desaparezca del desarrollo reglamentario la obligación empresarial de proporcionar «*toda la información pertinente*» y la comunicación escrita de «*los motivos del proyecto de despido*»²¹. Impedir la revisión judicial de la procedencia de los despidos, al presumir que el juzgador no posee las suficientes competencias en materia de gestión empresarial, haría imposible operar a cualquier órgano judicial en nuestro país sin los conocimientos específicos de cada profesión u oficio; de otro lado, la corriente que interpreta el conflicto de intereses presente en el despido desde un punto de vista exclusivamente economicista (cuando la prestación laboral no reporta utilidad patrimonial al empresario, debe autorizarse la extinción de la misma) no es válida sin el preciso juicio de integración con el derecho constitucional al trabajo y su interpretación por el Tribunal Constitucional²²; lo contrario permitiría actuar al empresario con absoluta arbitrariedad²³, lo que evidentemente, reiteramos, no es pertinente en un sistema jurídico razonable, no ya Social y de Derecho.

Una cuestión que aún distorsiona más –en perjuicio del trabajador– el diseño del régimen de la extinción contractual laboral es la generalización de un régimen común para diferentes actos extintivos con una causalidad diversa, pero que al final son indemnizados monetizando de esta

²⁰ FALGUERA BARÓ, M. A.: «El real decreto ley 3/2012: más ideología que empleo», *Jurisdicción Social*, núm. 117, 2012, págs. 227-228.

²¹ FALGUERA BARÓ, M. A.: «El real decreto ley 3/2012...», *op. cit.*, págs. 227-228; previsiones que se contenían en el artículo 6.1 del *Real Decreto 801/2011*, sustituido por el *Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre*.

²² APARICIO TOVAR, J.: «Las causas económicas, técnicas, organizativas...», *op. cit.*, págs. 268 a 270.

²³ APARICIO TOVAR, J.: «Las causas del despido...», *op. cit.*, pág. 156.

forma la obligación del empresario de restituir al trabajador en su puesto de trabajo. Esta sustitución que subyace del control judicial del despido improcedente es especialmente lesiva para los intereses del trabajador en los supuestos de encadenamiento fraudulento de contratos laborales, conducta cuya consecuencia para el empresario está además expresamente prevista en el artículo 15.3 del ET, de forma que la intervención re-interpretativa judicial no estaría llamada a colmar una laguna que materialmente no existe²⁴.

A parte de estas consideraciones que descubren un régimen de extinción nada tuitivo, es necesario indicar que la laminación del sistema de despido es contraria a la conceptualización del trabajo asalariado tradicional y comúnmente aceptado por la doctrina de nuestro país. El artículo 1.1 del ET contiene la ajenidad en los frutos y en los riesgos como una nota esencial en la construcción teórica del trabajo dependiente y asalariado, de modo que la erosión de alguna de las notas puede considerarse como una lesión a los fundamentos del Derecho Laboral que, ni puede efectuarse justificada en situaciones coyunturales de la economía de mercado, ni puede hacerse mediante una técnica legislativa inadecuada, de hecho, no puede hacerse de ningún modo sin modificar las coordenadas políticas y sociales constitucionales bajo las que nos regimos. Respecto a esta última cuestión, la fractura de la ajenidad en los riesgos se produce como consecuencia de la modificación de las reglas jurídicas del despido, modificación para lo que evidentemente el legislador no está autorizado puesto que su función no es desnaturalizar el sistema jurídico. Como es sabido, la ajenidad en los riesgos consiste en que los resultados de la actividad empresarial no pueden transmitirse a la esfera patrimonial del trabajador, que genera el derecho al percibo de su salario, sin compartir el riesgo y ventura del empresario que expone el capital invertido en la empresa de su propiedad. Como contrapartida, el empleado no participa en los beneficios de la mercantil más allá del derecho al recibo de una retribución periódica, componiéndose de este modo un sistema equilibrado de derechos y obligaciones que derivan en primer término del contrato, y complementariamente del convenio (particularmente a través de los complementos salariales característicos de la negociación colectiva)²⁵. Esta proporcionalidad, precisa en cualquier relación sinalagmática, es un componente axiomático del Derecho del Trabajo que sin embargo no es dogmático; la normativa prevé que de concurrir determinadas circunstancias el haz de derechos del trabajador puede rebajarse siguiendo una procedimentalidad concreta. Sin embargo, y específicamente en los despidos individuales o colectivos por causas económicas, se aprecia claramente que si los motivos se amplían extensivamente incluso permitiendo albergar previsiones mercantiles futuras de carácter incierto, se produce una operación de traslación de los riesgos presentes o eventuales del ámbito patrimonial del empresario al del trabajador, transferencia irrazonable, en tanto que no existe compensación alguna a tal desequilibrio contractual. Lo mismo puede afirmarse en la mayoría de los casos respecto a las causas organizativas, técnicas o de producción, pues la revisión de las mismas por parte del empresario se hace con una finalidad y una

²⁴ BAYLOS GRAU, A. y PÉREZ REY, J.: *El despido o la violencia del poder privado*, op. cit., págs. 72 y ss., especialmente pág. 75.

²⁵ Doble perspectiva de la ajenidad usual en nuestro derecho, judicial y doctrinalmente pacífica: MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, Madrid: Tecnos, 2013, pág. 176.

repercusión financiera: garantizar o mejorar los resultados *económicos* de la empresa o su propia viabilidad, y provocan los mismos efectos sobre el empleado, el despido. De forma similar, las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo albergan una transmisión de los riesgos empresariales, puesto que causalizados con extrema generosidad y modestamente indemnizados en caso de resolución voluntaria del trabajador (20 días de salario por año de servicio con un límite de 9 meses, art. 41.3 ET), comprometen la justa determinación de la ajenidad en los riesgos de forma significativa. Dislocar la nota de la ajenidad en los riesgos es tan grave como modificar las características de la voluntariedad, la dependencia o la retribución, pero la ductilidad de este rasgo del trabajo asalariado permite que el legislador invada el espacio de tutela del trabajador de no transmisión de los riesgos a través de medidas flexibilizadoras a favor del empresario.

El legislador debe hallar un mecanismo de composición de derechos e intereses que no lesione abiertamente a uno de los contratantes; una determinación de las causas clara y objetiva, un procedimiento de negociación con la representación de los trabajadores reglado y minucioso tendente a aliviar o evitar los efectos de las medidas propuestas por el empresario, una diversificación del sistema de despido dependiendo del tipo de vinculación temporal e indefinida que gradúe el daño y la reparación económica convenientemente, junto con la preferencia determinada normativamente por la readmisión (o la reposición de las condiciones laborales modificadas) si no existe causa o no hay conexión con el resultado previsto revisado judicialmente, son elementos imprescindibles para ordenar un sistema de extinción contractual justo y equilibrado. La reforma a la baja de las garantías previstas para los trabajadores en los supuestos de despido colectivo u objetivo provocado con las últimas modificaciones normativas ha puesto en evidencia que el sistema español de extinción contractual está desequilibrado y es escasamente protector para el trabajador; en este sentido reservar la nulidad para, entre otros supuestos, en los que se han vulnerado derechos fundamentales y libertades públicas, o cuando tenga «*como móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley*» (art. 55.5 ET), supone aceptar que la voluntad empresarial solo puede ser anulada cuando su conducta es abiertamente delictiva, por lo que el incumplimiento de las prescripciones laborales en los supuestos de improcedencia se valora normativamente como una infracción relativamente permisible. Muestra de ello es el derecho de opción entre indemnización o readmisión en caso de improcedencia (art. 56.3 ET) que quiebra la lógica de cualquier sistema jurídico: el empresario infractor de la normativa laboral tiene, además, el derecho a determinar el modo y efectos de su reparación.

La ideología empresarial manifestada en que si la empresa reporta beneficios no se reparten, y si la empresa tiene pérdidas, despedir trabajadores con reducidas indemnizaciones debe tener un recorrido limitado, pues ni en situaciones de crisis económica se ajusta a un sistema de derecho al lesionar gravemente a una de las partes. Es difícil integrar este ideario en los postulados de la cultura de empresa y resiliencia corporativa en los que se trata de comprometer a los nuevos emprendedores y a los que haremos referencia posteriormente, aunque en definitiva «el despido es violencia y por eso se presenta a través de expresiones que la niegan»²⁶.

²⁶ BAYLOS GRAU, A. y PÉREZ REY, J.: *El despido o la violencia del poder privado*, op. cit., pág. 44; argumentando esta afirmación en págs. 72 y ss.

1.2. MECANISMOS DE FLEXIBILIZACIÓN: EL DESPROPORCIONADO REFORZAMIENTO DEL PODER DE DIRECCIÓN Y LA PRECARIZACIÓN DEL TRABAJO ASALARIADO

Comenzamos con una modalidad de despido, el objetivo por faltas de asistencia al trabajo [art. 52. d) ET], que aun constituyendo un mecanismo de extinción contractual, precisa de un tratamiento diferenciado al despido fundamentado en razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, pues en este caso (igual que en el supuesto de ineptitud del trabajador) la causa pertenece específicamente a la esfera personal del empleado, mientras que las económicas, técnicas, etc. precisan de la concurrencia de circunstancias ajenas a su actitud relativas a la coyuntura específica de la empresa. Puede considerarse como un mecanismo de flexibilización de la utilización de la mano de obra en tanto que no exige que el empresario se encuentre en una situación de crisis empresarial o precise realizar modificaciones en su organización productiva; se trata de la posibilidad de desprenderse de mano de obra que pueden utilizar empresas rentables, pues la medida se justifica en circunstancias que se generan en el ámbito subjetivo del trabajador, y que tal y como se han formulado en la reforma de la Ley 3/2012 precarizan su posición de forma absolutamente injusta e inadecuada. La gravedad de esta reforma ha sido calificada por la doctrina como una auténtica «criminalización» del sujeto trabajador, propia del atávico rechazo a la clase trabajadora común en la etapa preconstitucional. Es indiscutible que la formulación de esta modalidad de despido presume el carácter fraudulento de la inasistencia al trabajo, aunque exista un parte médico en el que se acredite una situación de enfermedad incapacitante para la actividad laboral, pues el hecho que atiende el legislador a la hora de diseñar este régimen es el de la falta de rentabilidad del trabajador enfermo²⁷.

Las consideraciones respecto a la nueva regulación del absentismo deben discurrir en varios sentidos; en primer lugar, constituye una penalización del trabajador en la que de nuevo se produce la traslación del riesgo empresarial de la esfera patrimonial del empresario al trabajador, concretamente y de forma muy evidente, al del sector público. La modificación parte de la premisa de que el coste económico de las bajas por accidente o enfermedad deben ser soportadas mayormente por el trabajador, opción discutible en la medida que la incapacidad para el trabajo no debe conllevar una merma económica tan gravosa que fuerce al sujeto a trabajar enfermo o accidentado.

No solo no se respeta la concepción clásica, que considera el absentismo por enfermedad o accidente no laboral como una contingencia que al impedir al empleado desempeñar la actividad que constituye su medio de vida, precisa un tratamiento sensible y lo suficientemente compensatorio, sino lo que es más grave, puede constituir causa de despido objetivo si las ausencias son intermitentes y superan los porcentajes establecidos en el artículo 52 d) del ET. Por ello se ha afirmado que el despido por absentismo imputa al trabajador razones para la extinción contrac-

²⁷ Citando abundante doctrina en este sentido: RUIZ CASTILLO, M.ªM.: «La última modificación legal del despido por absentismo...», *op. cit.*, pág. 221.

tual «que pueden entrar en la esfera del riesgo del empresario»²⁸, tratándose claramente de un mecanismo de mera protección de los intereses empresariales²⁹ sin ponderar valores en presencia de tal importancia como el derecho a la salud o el derecho al trabajo, y dinamitando de nuevo la precisa reciprocidad contractual exigible por la teoría general de los contratos.

La finalidad del Gobierno se manifiesta claramente cuando explica los efectos aplicativos de esta norma, propósito que niega, pero que inmediatamente en el párrafo siguiente se atribuye como objetivo logrado; así: «*La Encuesta trimestral de coste laboral realiza un análisis detallado de las horas trabajadas que permite realizar una aproximación de la evolución del absentismo. El indicador más adecuado es el de las "horas no trabajadas por incapacidad temporal". Si bien estas comprenden horas no trabajadas por ausencias perfectamente justificadas que no deben considerarse absentismo, las horas perdidas por motivos justificados tienden a la estabilidad.*

Por tanto, un análisis de la evolución de estas horas no trabajadas permitiría observar, salvo circunstancias excepcionales (plagas, pandemias, cambios bruscos en la natalidad, etc.), la tendencia del absentismo. Los datos muestran que en los cuatro periodos posteriores a la reforma laboral, los trabajadores han pasado a perder 36 minutos menos de jornada al mes (0,6 horas), al pasar de perder por incapacidad temporal 4,36 horas al mes, a perder 3,76. Ello supone un avance muy relevante (del -13,8%) respecto al IT2012, último periodo antes de la reforma. La tendencia a la reducción de las horas perdidas por incapacidad era constante desde el inicio de la crisis, lo que pone de manifiesto que existe un margen de mejora relevante en este ámbito. En todo caso, los datos ponen de relieve una contribución positiva de la reforma sobre el absentismo, a lo que también habría contribuido la coyuntura económica, y los cambios normativos en la regulación del absentismo en las Administraciones públicas»³⁰. El desacierto del Gobierno al incluir las incapacidades por accidente o enfermedad profesional en sus consideraciones y la mala fe manifestada al proclamar el resultado final (reducción de todo tipo de absentismo) es evidente.

En segundo término, una de las piezas clave para procurar una flexibilización extrema de las condiciones laborales, quebrando el principio jurídico clásico según el cual *pacta sunt servanda*, es la modificación del artículo 41 del ET que no solo permite una rebaja de las condiciones laborales que el trabajador disfrutaba, cumpliendo, además, una función de individualización

²⁸ RUIZ CASTILLO, M.ª M.: «La última modificación legal del despido por absentismo...», *op. cit.*, pág. 223.

²⁹ PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: *Ausencias al trabajo y absentismo. Tratamiento jurídico*, Valencia: TLB, 2009, pág. 24. Vulnerando claramente el artículo 6 del Convenio n.º 158 OIT en el que se establece que no puede constituir causa de extinción contractual la ausencia temporal del trabajador motivada en enfermedad o lesión cuando exista certificación médica de tal contingencia, en: BAYLOS GRAU, A.; «El sentido general de la reforma: la ruptura de los equilibrios organizativos y colectivos y la exaltación del poder privado del empresario», *RDS*, núm. 57, 2012, pág. 13.

³⁰ *Informe de la evaluación del impacto de la reforma laboral*, MEYSS, http://www.empleo.gob.es/es/destacados/HOME/impacto_reforma_laboral/Informe_de_evaluacion_del_impacto_de_la_reforma_laboral.pdf, (consultado el 7 de marzo de 2014), pág. 133.

del sujeto trabajador como medida de política legislativa de un sesgo enormemente autoritario³¹. Así, la reforma de 2012 despoja a los trabajadores de la tutela y el control del procedimiento de modificación colectiva atribuyendo el carácter de «individuales» a las modificaciones colectivas «menores»; además, se simplifican las causas habilitantes para proceder a este recorte de derechos adoptando una fórmula de apariencia más sencilla que la redacción anterior, pero que en realidad encubre la eliminación de la conexión entre la medida y el resultado, proporcionando un poder prácticamente omnipotente al empresariado, cuyos límites hay que pertrechar en los hábiles principios generales del Derecho (la buena fe, el abuso de derecho o el fraude de ley)³².

La miríada de medidas de ajuste es abrumadora; la [Ley 3/2012](#), afectando a lo que denomina «empleabilidad de los trabajadores», autoriza a las empresas de trabajo temporal (ETT) para efectuar las funciones de agencias privadas de colocación, actuando sobre la formación profesional introduciendo como medida de fomento del empleo un nuevo contrato indefinido de apoyo a los emprendedores con un periodo de prueba de un año, que sitúa al trabajador en una situación de debilidad jurídica y material absoluta; modificando los contratos formativos ampliando su ámbito subjetivo y, por ello, ampliando la precariedad que los caracteriza a un mayor número de trabajadores. En cuanto a la flexibilidad interna, se ha reformado la clasificación profesional, la distribución y duración de la jornada, la movilidad geográfica o la suspensión del contrato laboral. La reforma laboral de 2012 gira en derredor del concepto «empleabilidad», más que en garantizar el derecho del trabajador a permanecer en su puesto de trabajo, percibiendo la carrera profesional del trabajador como una serie de transiciones laborales garantizando laxamente la tutela laboral que se pliega a nociones como la de «flexiseguridad»³³. El referente contractual y su estructura bilateral y sinalagmática han operado tradicionalmente como base de protección frente «a requerimientos organizativos empresariales que podían tender a superar el equilibrio contractual en aras de una competitividad querida sin contrapesos adecuados» para proteger al trabajador³⁴, tendencia que tras la reforma 2012 ha quebrado los fundamentos teóricos sobre los que se construye el Derecho Laboral. Según se ha defendido doctrinalmente, esta «inestabilidad»

³¹ Sobre la modificación del *ius variandi*, *cf.*: FERRANDO GARCÍA, F.: «El reforzamiento del poder de dirección tras la reforma laboral de 2012», *RDS*, núm. 61, 2013, págs. 71 y ss., analizando también la flexibilización en la utilización del tiempo de trabajo y las modificaciones en movilidad geográfica. Sobre el tema *vid.*: TOSCANI GIMÉNEZ, D.: *La movilidad geográfica y funcional y la reducción de jornada tras la reforma laboral de 2012*, Albacete: Bomarzo, 2012.

³² ROQUETA BUJ, R.: «Flexibilidad interna», en AA. VV., *La Reforma Laboral en el Real Decreto-Ley 3/2012*, Valencia: TLB, 2012, pág. 116; SANGUINETI RAYMOND, W.: «La reforma flexibilizadora de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y sus límites inmanentes», *RDS*, núm. 57, 2012, págs. 129, y 136 y ss.; además se incluye en el catálogo de condiciones modificables la «cuantía salarial» y se agiliza la efectividad material de las modificaciones impuestas por el empresario; SANGUINETI RAYMOND, W., *op. cit.*, págs. 139 y 141 y ss. La actual redacción considera razones económicas, técnicas, organizativas o de producción «las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa».

³³ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.ª F.: «La reforma del régimen del despido...», *op. cit.*, pág. 199.

³⁴ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.ª F.: «La reforma del régimen del despido...», *op. cit.*, pág. 200.

de las condiciones contractuales, siendo típica en las reformas laborales se ha intensificado en la reforma por [Ley 35/2010](#) y ha culminado con la [Ley 3/2012](#); la deriva debilitante del contrato laboral como garantía de condiciones laborales se produce ya cuando la [Ley 35/2010](#) abandona parte de su contenido a los «acuerdos o pactos colectivos». De otro lado, se ha adelgazado su capacidad tuitiva al facilitar enormemente la ruptura del mismo, flexibilizando las causas del despido y abaratando sus costes³⁵.

La tasa de desempleo en España en el cuarto trimestre de 2011 era del 22,85% (Exposición de Motivos [RDL 3/2012](#)); en el mismo periodo de 2013 era el 26,03%³⁶; en dos años de aplicación de la reforma laboral la tasa de parados se incrementó en casi cuatro puntos. La deshonestidad del Gobierno es alarmante: la propaganda con la que tratan de camuflar la amputación de derechos laborales es extravagante: «El paro registrado en el mes de febrero (2014) ha disminuido en 1.949 personas respecto al mes anterior (...)»³⁷ lo que nos lleva a cuestionarnos si estas cifras justifican el recorte de derechos al que están siendo sometidos los trabajadores españoles y, especialmente, si cuando la situación económica mejore, se repondrán los derechos laborales eliminados o reducidos. En conclusión, la [Ley 3/2012](#) supone «una propuesta de continua degradación del marco de derechos en el que se desenvuelven las relaciones laborales en España, entendiendo que el trabajo sin derechos es más competitivo en el mercado global y en la división del trabajo entre zonas y regiones europeas»³⁸. Esta «reversión de poderes a la empresa» justificada en la necesaria generación de empleo tiene como objetivos disminuir las competencias de los asalariados, revertir la riqueza, ningunear a los sindicatos, y pertenece a un modelo ideológico trasnochado que ha aprovechado la crisis para imponer su opinión³⁹.

Tampoco puede ser positiva la valoración de reformas posteriores como la efectuada por la [Ley 11/2013](#)⁴⁰ que ha incluido medidas para favorecer «la ocupación de los jóvenes», fomentando el autoempleo y también el trabajo asalariado, incluso convirtiendo la primera experiencia laboral como causa justificadora de la temporalidad, además de permitir la sucesión de contratos en prácticas por contrataciones en formación, autorizar a las ETT para suministro de trabajadores en la

³⁵ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: «Extinción contractual en las diversas modalidades de contratación objeto de la reforma laboral» en *La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa*, MONEREO PÉREZ, FERNÁNDEZ AVILÉS y TRIGUERO MARTÍNEZ (dirs.), Granada: Comares, 2011, págs. 171 y ss. Cfr.: MOLINA NAVARRETE, C.: «Reforma 2010 del mercado de trabajo: una nueva "milonga" del "capitalismo de casino"», *RTSS.CEF*, núm. 328, 2010, págs. 5 y ss.

³⁶ http://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176918&menu=ultiDatos&dp=1254735976595 (consultado el 24 de enero de 2014).

³⁷ <http://www.empleo.gob.es/index.htm>, (consultado el 7 de marzo de 2014).

³⁸ BAYLOS GRAU, A.: «La ruptura de los equilibrios organizativos y colectivos...», *op. cit.*, pág. 14.

³⁹ FALGUERA BARÓ, M. A.: «El real decreto ley 3/2012...», *op. cit.*, pág. 279.

⁴⁰ *Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo, procedente del Real Decreto-Ley 4/2013, de 22 de febrero.*

modalidad de formación y para el aprendizaje⁴¹, y precarizando hasta límites indebidos a la mano de obra joven, permitiendo en reformas posteriores la cesión por ETT de trabajadores contratados en prácticas⁴². Los procedimientos de fomento del empleo introducidos por la *Ley 11/2013* han sido calificados por la doctrina como «obsoletos y probadamente poco eficaces»; así: «las reducciones y bonificaciones en las cuotas a la Seguridad Social, así como a la actuación sobre las prestaciones de desempleo y a incentivos fiscales, articulan las medidas de estímulo del autoempleo y "el emprendimiento" de los jóvenes, de su incorporación a empresas de la economía social, y de su contratación como trabajadores por cuenta ajena a través del contrato a tiempo parcial con vinculación formativa, el contrato indefinido por microempresas y empresarios autónomos, y el contrato en prácticas para el primer empleo libre de las limitaciones (de tiempo transcurrido desde la terminación de los correspondientes estudios) e impedimentos (celebración de un contrato para la formación con la misma empresa) anteriores. El recurso, viejo también y también poco eficaz para el mantenimiento del empleo, a la contratación temporal vuelve a ser la fórmula elegida por la Ley 11/2013 para incentivar la adquisición de una primera experiencia profesional por jóvenes desempleados menores de 30 años que no tengan experiencia laboral o sea esta inferior a 3 meses. Esta contratación temporal se configura en la Ley 11/2013 como causal –se le aplican las prescripciones del Estatuto de los Trabajadores para el contrato eventual por razones de la producción–, considerándose causa del contrato la adquisición de una primera experiencia profesional»⁴³.

También adverso para los trabajadores españoles, aunque excepcionalmente mejora al menos el régimen de Seguridad Social, el *Real Decreto-Ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social*⁴⁴, en el que se reforma el régimen de Seguridad Social de esta forma de distribución de la jornada, dando cumplimiento a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la materia a favor del trabajador. De ahí el «carácter necesario y urgente» de la modificación legal, que desarrolla también el *Acuerdo para la mejora de las condiciones de acceso a la protección social de los trabajadores a tiempo parcial* firmado el 31 de julio de 2013 por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, CC. OO., UGT, CEOE y CEPYME⁴⁵: «De ese modo, en algunos casos, allí donde la jor-

⁴¹ CASAS BAAMONDE, M.ª E.; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. y VALDÉS DAL-RÉ, F.: «La huida del derecho del trabajo hacia el "emprendimiento", las reformas de la Reforma Laboral de 2012 y otras reformas: la L 11/2013 y el RDL 11/2013», *RL*, núm. 10 (2013), pág. 1.

⁴² Artículo 3, *Real Decreto-Ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores*.

⁴³ CASAS BAAMONDE, M.ª E.; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. y VALDÉS DAL-RÉ, F.: «La huida del derecho del trabajo hacia el "emprendimiento"...», *op. cit.*, págs. 4-5.

⁴⁴ Convalidado por *Ley 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social*, (art. 5, disp. adic. cuarta y disp. trans. primera). Un análisis del mismo en: MOLINA NAVARRETE, C.: «Nuevos capítulos de una reforma laboral sin líneas rojas: qué hay de nuevo en el RDL 11/2013», *RTSS.CEF*, núms. 365-366 (2013), págs. 55 y ss.

⁴⁵ CASAS BAAMONDE, M.ª E.; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. y VALDÉS DAL-RÉ, F.: «La huida del derecho del trabajo hacia el "emprendimiento"...», *op. cit.*, pág.10.

nada habitual sea inferior a la jornada máxima legal, el trabajo a tiempo parcial estará menos penalizado de lo que se encontraba anteriormente porque toda jornada, por reducida que sea su duración, se incorpora al cómputo y, por ende, se facilitará el cumplimiento de los periodos de espera establecidos para el acceso a las prestaciones mediante la determinación de un cómputo de la jornada habitual que contempla, ahora sí, la verdadera proporción del trabajo a tiempo parcial respecto la duración de la jornada del trabajador a tiempo completo comparable»⁴⁶.

La evanescencia del régimen legal de esta modalidad laboral es claramente inapropiada; solo en relación con la posibilidad de ejecutar horas extraordinarias, con anterioridad al [Real Decreto-Ley 3/2012](#) esta posibilidad estaba prohibida, y tras la norma citada se permite hasta que el [Real Decreto-Ley 16/2013](#)⁴⁷ vuelve a vetarlas procediendo a modificar cuestiones nada instrumentales como la desaparición del derecho a retornar a un trabajo a tiempo completo cuando existan vacantes en la empresa, la reducción del plazo de aviso al trabajador para prestar horas complementarias a tres días [art. 12.5 d)] o una diferenciación entre horas complementarias forzosas y voluntarias que establece como sancionable el no cumplimiento de las primeras por parte del trabajador [art. 12.5 f)]. Además de las importantes reformas en materia de Seguridad Social, el real decreto-ley permite la celebración de contratos por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores a tiempo parcial y la puesta a disposición por ETT mediante contratos en prácticas (arts. 2 y 3), medidas estas últimas que liberalizan *in extremis* la empleabilidad de trabajadores precarizados que precisarían, contrariamente a lo que se ha hecho, medidas de tutela adecuadas y proporcionadas.

Retomando el [Real Decreto-Ley 11/2013](#), que también incluye medidas destinadas a mejorar la protección por la Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial, interesa destacar que «reforma los preceptos del ET relativos a la reestructuración de empresa y a los procedimientos de consulta y negociación con los trabajadores en los traslados colectivos, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, suspensiones y reducciones de jornada, despidos colectivos e inaplicación de los convenios colectivos, mediante el establecimiento de una negociación única y de una comisión negociadora única para todos los centros de trabajo afectados y la obligatoriedad de la constitución de esa comisión única antes del inicio formal del periodo de consultas, además, se acotan los extremos de la información que el empresario ha de proporcionar y se trata de acelerar el procedimiento. Esta reforma se refleja paralelamente en la modificación de la Ley Concursal. También se modifica la modalidad procesal del despido colectivo para coordinarlo con la acción individual de despido, que solo podrá iniciarse una vez terminado el proceso colectivo cuyo espacio impugnatorio se limita muy estrictamente. Además, se ha salido al paso de una doctrina judicial tendente a ampliar los supuestos de nulidad del despido colectivo. En cuanto a

⁴⁶ RIVERA SÁNCHEZ, J. R.: «La reforma del acceso a la protección social y el trabajo a tiempo parcial. Un análisis del Real Decreto-Ley 11/2013, de 2 de agosto», *RL*, núm. 10, 2013 pág. 114.

⁴⁷ *Real Decreto-Ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores*. Cfr. MOLINA NAVARRETE, C.: «La rabiosa actualidad socio-laboral para el inicio del 2014: entre la certeza de los recortes de la protección social y la esperanza de la empleabilidad a tiempo parcial», *RTSS.CEF*, núm. 370, 2014, págs. 59 y ss.

las agencias de colocación, ahora se permite la subcontratación con otras agencias de colocación autorizadas»⁴⁸, menguando, de nuevo, derechos laborales de diversa naturaleza y contenido, que mereciendo un tratamiento detenido y por separado, no serán revisados en este estudio pues ello excedería de su objeto.

Inciendiando nuevamente en el colectivo juvenil, el [Real Decreto-Ley 8/2014, de 4 de julio](#), de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia (Título IV. Medidas de fomento de la empleabilidad y la ocupación, arts. 87 y ss.) establece un «Sistema Nacional de Garantía Juvenil» que tiene por finalidad que las personas jóvenes no ocupadas, ni integradas en los sistemas de educación o formación, y que sean mayores de 16 años y menores de 25 puedan recibir una oferta de empleo, educación, formación de aprendiz o prácticas tras acabar la educación formal o quedar desempleadas (elevándose la edad hasta los 30 años, en el caso de personas con un grado de discapacidad igual o superior al 33%). De otro lado, y en cuanto a los contratos de aprendizaje y en prácticas, la norma modifica el contenido de la [Ley 11/2013](#) y permite, por una parte, aumentar la jornada del contrato con vinculación formativa al 75% y, en segundo lugar, que a las bonificaciones generales que dicha ley contempla se acumulen las específicas para el segmento de personas beneficiarias del Sistema Nacional de Garantía Juvenil (por lo que la bonificación del contrato de prácticas puede llegar al 100% de incentivo en las cotizaciones de la empresa a la Seguridad Social por contingencias comunes).

Es reseñable el establecimiento de una nueva «tarifa joven» para incentivar la contratación indefinida de jóvenes desempleados que no anulan, sino que se añaden a las bonificaciones establecidas en la [Ley 11/2013](#), exigiendo tan solo que la empresa mantenga al trabajador, al menos, seis meses desde el inicio de la relación laboral, y que la nueva contratación incremente tanto el nivel de empleo indefinido como el nivel de empleo total, manteniendo el nuevo nivel alcanzado con la contratación durante todo el periodo de disfrute de la bonificación. Se vuelve a modificar la regulación de las ETT y agencias privadas de colocación facilitando su funcionamiento en el tráfico mercantil, dulcificando los requisitos para su actuación en el mercado, lo que ciertamente perjudica el sistema de garantías que debe regular su labor de intermediación en la ocupación laboral; en este sentido, para las agencias de colocación se suprime la autorización administrativa previa para el ejercicio de la actividad, sustituyéndola por una declaración responsable, que tendrá eficacia en todo el territorio nacional. Para las ETT, aunque se mantiene la autorización administrativa previa, esta será única, teniendo eficacia en todo el territorio nacional concediéndose además sin límite de duración (expirando cuando se deje de realizar la actividad durante un año ininterrumpido), y lo que es más grave, se amplían las actividades que van a poder desarrollar, incluyendo la actividades de formación para la cualificación profesional y de consultoría y asesoramiento de recursos humanos. Efectuar una valoración negativa de estas normas es sencillo pues los márgenes de flexibilidad que aportan al empresario son tantos y tan significativos, que casi cada uno de ellos merecería un análisis por separado.

⁴⁸ CASAS BAAMONDE, M.ª E.; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. y VALDÉS DAL-RÉ, F.: «La huida del derecho del trabajo hacia el "emprendimiento"...», *op. cit.*, pág. 2.

Finalmente es preciso mencionar como evidente mecanismo de ductilidad laboral la posibilidad de encadenar contratos temporales, que estuvo vigente buena parte del año 2012, por encima de la limitación introducida en el artículo 15.5 del ET⁴⁹ por la Ley 35/2010; el artículo 17 de la Ley 3/2012 suspendió la aplicación de la mencionada limitación hasta el 31 de diciembre de 2012, de modo que se inhabilitaron los efectos de tutela de esta previsión⁵⁰; de igual modo resulta notablemente inconveniente la modificación que permite la celebración de contratos para la formación y el aprendizaje hasta los 30 años de edad, o la celebración de contratos indefinidos de apoyo a los emprendedores mientras la tasa de desempleo no baje del 15% en nuestro país (disp. trans. novena, 1 y 2, Ley 3/2012), medidas que justificadas en el fomento del empleo se adoptan «sin ninguna referencia a la realidad del mercado laboral»⁵¹. Añadidamente es preciso señalar lo desacertado de las medidas de flexibilidad interna adoptadas en 2012, que en materia de igualdad de género provocarán dos efectos: la expulsión del mercado de trabajo de sujetos con responsabilidades familiares (generalmente mujeres), y en segundo término, previsiblemente avocarán al desempleo a colectivos en situaciones singulares de atención a familiares y dependientes (familias monoparentales, familias numerosas), atendida la imposibilidad de conciliación con un puesto de trabajo ordinario, por lo que usualmente son ocupadas en la economía sumergida⁵². Más específicamente, la reforma del artículo 52 d) o la limitación a la jornada diaria del derecho de reducción de jornada «profundiza en la discriminación por razón de género»⁵³, desandando los pasos iniciados con la Ley Orgánica de Igualdad efectiva entre mujeres y hombres.

Dejando de lado las importantes modificaciones en Seguridad Social o en prevención de riesgos laborales⁵⁴, la evaluación de esta vorágine de reformas puede resumirse en que «desde el

⁴⁹ Prohibición de encadenamiento suspendida por el artículo 5 del Real Decreto-Ley 10/2011 durante dos años a partir del 31 de agosto de 2011, y que el artículo 17 del Real Decreto-Ley 3/2012 adelanta a 1 de enero de 2013.

⁵⁰ Sobre la obsesiva necesidad del legislador de tutelar el nivel de población activa «a cualquier precio»: NICOLÁS BERNAD, J. A.: «Más de una década de cambios en la sucesión de contratos temporales: de la estabilidad en el empleo a la flexibilidad (2001-2012)», *RL*, núm. 3, 2013, págs. 63 y ss.

⁵¹ BAYLOS GRAU, A.: «La ruptura de los equilibrios organizativos y colectivos...», *op. cit.*, pág. 12.

⁵² SERRANO GARCÍA, J. M.ª: *La igualdad en la crisis del empleo*, Albacete: Bomarzo, 2013, págs. 46-47.

⁵³ FALGUERA BARÓ, M. A.: «El real decreto ley 3/2012...», *op. cit.*, pág. 280. En este sentido se ha afirmado que la Ley 3/2012 ha tenido efectos devastadores sobre el empleo «pero para las mujeres puede implicar retrocesos sobre avances que han costado años de esfuerzo», SERRANO GARCÍA, J. M.ª: *La igualdad en la crisis del empleo*, Albacete: Bomarzo, 2013, pág. 41. *Cfr.* con datos muy precisos sobre los efectos de los recortes en el empleo femenino: FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.ª L.: «Efectos de la crisis económica sobre el trabajo de las mujeres», *RL*, núm. 1, 2014, págs. 69 y ss.

⁵⁴ Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a emprendedores y su internacionalización, que rebaja el nivel de prevención de riesgos laborales en las empresas con menos de 25 trabajadores. El artículo 39 de la ley relativo a la «Prevención de riesgos laborales en las PYMES», modifica el artículo 30.5 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, de tal modo que el empresario que ocupe hasta 25 trabajadores, siempre y cuando la empresa disponga de un único centro de trabajo, podrá asumir personalmente el cumplimiento del deber de prevención de riesgos profesionales, siempre que desarrolle de forma habitual su actividad en el centro de trabajo y tenga la capacidad necesaria (sin definir qué se entiende a estos efectos por capacidad necesaria), en función de los riesgos a que estén expuestos los trabajadores y la peligrosidad de las actividades, con el alcance que se determine en las disposiciones a que se refiere el artículo 6.1 e) de la referida Ley 31/1995.

RDL 3/2012 al RDL 3/2014 se han sucedido más de veinte normas que reforman la reforma anterior siempre en un sentido ablativo de derechos»⁵⁵; las medidas de flexibilización a favor del empresariado se han adoptado bajo la justificación de que rebajar condiciones laborales evita que el empresariado en crisis proceda a efectuar despidos, pero realmente se han puesto a su disposición una batería de mecanismos de precarización a la que pueden recurrir empresarios en crisis y, también, sobradamente solventes, que los utilizarán sencillamente para incrementar sus beneficios económicos. Los despidos objetivos por absentismo, el recurso a ETT sin garantías para los trabajadores jóvenes, el fomento económico procedente de recursos públicos para la contratación de trabajadores con un periodo de prueba de un año, incluso con jornada a tiempo parcial, constituyen algunos ejemplos del dismantelamiento al que se está viendo sometido el Derecho Laboral español, en un proceso nada improvisado que satisface consideraciones económicas e ideológicas muy obvias y que se sustenta sobre otro pilar fundamental: la descomposición de la autonomía colectiva y el aislamiento del sujeto trabajador.

1.3. LA DEBILITACIÓN DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL PROCESO DE INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS RELACIONES LABORALES

El derecho constitucional a la negociación colectiva se encuentra recepcionado en el artículo 3.1 del ET y detallado en el posterior desarrollo estatutario; modificar esta estructura habría resultado una operación extremadamente tosca y compleja, de imposible justificación en una situación de crisis económica al constituir uno de los puntales de nuestro sistema de relaciones laborales democráticas. La opción resultaba evidente: una redistribución de pesos específicos entre la negociación colectiva de sector y de empresa, potenciando la capacidad del empresariado de abstraerse de lo pactado con relativa facilidad permitiendo la entrada de nuevos protagonistas negociales más sumisos a las preferencias de la empresa. El 99,88 % de las empresas en España son pequeñas y medianas⁵⁶, y las modificaciones legales provocan un re-direccionamiento de la negociación de sector a la de empresa señaladamente contrario a la acción sindical⁵⁷ cuyas receptoras son obviamente esta tipología empresarial mayoritaria.

Este proceso se inicia con la Ley 35/2010 que procedió a despojar a la negociación colectiva de los espacios reguladores, que de forma natural debe ocupar, favoreciendo la adopción de medidas de flexibilidad interna frente a la negociación; la función adaptativa de la contratación

⁵⁵ <http://baylos.blogspot.com.es/> (consultado el 14 de marzo de 2014). Por citar una de las más nefastas para la solvencia financiera de la Seguridad Social, el *Real Decreto-Ley 3/2014, de 28 de febrero, de medidas urgentes para el fomento del empleo y la contratación indefinida*, incluyendo la conocida como «tarifa plana» de cotización empresarial.

⁵⁶ Dato del Directorio Central de Empresas, a 1 de enero del año 2013, http://www.ipyme.org/Publicaciones/Retrato_PYME_2014.pdf (consultado el 11 de abril de 2014).

⁵⁷ Respecto a la Ley 3/2012: BAYLOS GRAU, A.: «La ruptura de los equilibrios organizativos y colectivos...», *op. cit.*, pág. 11.

colectiva tan precisa en un mercado laboral tan dispar como el español cedió a favor del empeño del sector empresarial en acceder a una mano de obra precaria, escasamente tutelada durante su prestación y a la que es relativamente fácil expulsar del mercado laboral⁵⁸. Seguidamente el **Real Decreto-Ley 3/2012** subordinó «la regulación del trabajo a concepciones neo-liberales»⁵⁹ provocado una avalancha unánime de críticas por parte de la doctrina de nuestro país⁶⁰. Concretamente la modificación de la negociación colectiva ha subordinado derechos laborales muy relevantes a la exclusiva voluntad del empresario, retro trayendo en el tiempo nuestro sistema de relaciones laborales a épocas en las que el poder empresarial era omnipotente. De este modo, la **Ley 3/2012** ha provocado una descentralización y una desactivación de la autonomía colectiva, concretamente impidiendo la expresión eficaz del poder contractual colectivo gobernado por el sindicato, colocando en un orden diferente al que inspira el pluralismo colectivo de nuestra Constitución, alterando las reglas de equilibrio entre capital y trabajo, y prácticamente inutilizando la dimensión colectiva como fuente de regulación de condiciones laborales⁶¹. Esta norma abre las posibilidades para la inaplicación del convenio en numerosas materias, prevé un arbitraje obligatorio en los supuestos de discrepancias en torno a la interpretación del convenio, y mediante la modificación del régimen de ultraactividad del mismo, da prioridad aplicativa al convenio de empresa frente al de sector tradicionalmente más favorable para los trabajadores que los de ámbito empresarial.

Técnicamente las modificaciones han consistido en «dar solución al debate en torno a la ultraactividad del convenio, potenciando que, en caso de no alcanzarse acuerdo entre los negociadores en un breve plazo, se evite la prórroga forzosa de su contenido (art. 86, 1 y 3 **ET**); la modificación de las reglas sobre estructura y articulación de la negociación colectiva, suprimiendo la posibilidad de que los sindicatos y las asociaciones empresariales organicen, incluso en cada sector, la estructura adecuada de la negociación colectiva, al dar imperativamente preferencia aplicativa al

⁵⁸ BAYLOS GRAU, A.: «Unilateralidad empresarial e inaplicación del convenio», en BAYLOS GRAU, A. (coord.), *Garantías de empleo y derechos laborales en la Ley 35/2010, de Reforma Laboral*, Albacete: Bomarzo, 2011, pág. 231; CRUZ VILLALÓN, J.: «La flexibilidad interna en la reforma laboral de 2010», *RL*, núm. 21, 2010, pág. 83; SANGUINETI RAYMOND, W.: «La reforma flexibilizadora de las modificaciones sustanciales...», *op. cit.*, págs. 125-126.

⁵⁹ URRUTIKOETXEA BARRUTIA, M.: «El preámbulo del RD Ley 3/2012...», *op. cit.*, págs. 20 y 27.

⁶⁰ Entre muchos otros *cfr.* BAYLOS GRAU, A.: «El sentido general de la reforma...», *op. cit.*; ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «El Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero: la envergadura de una reforma profundamente desequilibradora de la negociación colectiva», en AA. VV. (ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., coord.), *La negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012*, Madrid: Cinca, 2012; MERCADER UGUINA, J. R.: «La reforma de la negociación colectiva en el Real Decreto-Ley 3/2012: la empresa como nuevo centro de gravedad», en AA. VV. (GARCÍA PERROTE, I. y MERCADER UGUINA J. R., dirs.), *Reforma laboral de 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Valladolid: Lex Nova, 2012; ALFONSO MELLADO, C. L.: «La reforma de la negociación colectiva en la Ley 3/2012: especial referencia a la negociación en la empresa, la estructura de la negociación y la inaplicación de los convenios», *RL*, núm. 3, 2013; CORREA CARRASCO, M.: «La ordenación de la estructura de la negociación colectiva tras las recientes reformas laborales», *RDS*, núm. 59, 2012; CAIRÓS BARRETO, D. M.³: *La articulación y concurrencia de convenios colectivos*, Albacete: Bomarzo, 2012; AA. VV., «Sobre la ultraactividad de los convenios colectivos en la reforma de 2012», *RDS*, núm. 61, 2013.

⁶¹ BAYLOS GRAU, A.: «La ruptura de los equilibrios organizativos y colectivos...», *op. cit.*, pág. 21.

convenio de empresa, de grupo de empresas o de pluralidad de empresas (art. 84, 1 y 2 ET); potenciar la flexibilidad de las relaciones laborales, incrementando las posibilidades de descuelgue del convenio, tanto en materia de inaplicación salarial, como en materia de otras muchas condiciones de trabajo, como las relacionadas con el tiempo de trabajo o la organización del trabajo (art. 82.3 ET); posibilitar la inaplicación de los convenios colectivos en todo el ámbito de las Administraciones públicas por voluntad unilateral de las mismas (art. 7 del RDL 20/2012, que modifica el art. 32 del EBEP, añadiendo un segundo apartado al mismo, y disposición adicional segunda del RDL 20/2012); y finalmente, eliminar ciertos aspectos del contenido obligatorio de los convenios (art. 85.3 ET) y concretar algunas otras cuestiones (arts. 89.2 ET y 90.3 ET)⁶². La prioridad aplicativa del convenio de empresa en las condiciones laborales más importantes (previsiblemente acordadas con contenidos mínimos)⁶³ y la indeterminación sobre la norma de referencia en los supuestos de negociación de un nuevo convenio colectivo, en el supuesto de no existir acuerdo o laudo arbitral en el plazo de un año, tienden claramente a un desamparo colectivo del trabajador que desasistido de la tutela de las condiciones convencionales de sector, será constreñido por la fortaleza de la autonomía individual empresarial en la determinación de sus condiciones contractuales de forma individual. La negociación colectiva es un mecanismo positivo de conflictos y de ordenación de las relaciones laborales imprescindible, pues permite que la normativa laboral adquiera el grado de adaptabilidad precisa para poder ser aplicable en la ingente diversidad empresarial, adecuándose a las necesidades de la empresa o sector, y permitiendo un funcionamiento correcto de la mercantil de que se trate. Limitar su capacidad no es propio de un empresariado inteligente, ni productiva, ni emocionalmente. El trabajador dedicará en torno a un tercio de su tiempo de vida trabajando y formándose para ello, y solo este hecho merece reflexionar sobre si la empresa debe ser considerada exclusivamente como una fuente de beneficio empresarial, o, más bien, como un ente orgánico en el que los sujetos coexisten, se interrelacionan, mejoran o empeoran, crecen como personas y profesionales y participan en un proyecto productivo común bajo unos parámetros jurídicos equitativos. Como veremos, deter-

⁶² ALFONSO MELLADO, C. L.: «La reforma de la negociación colectiva en la Ley 3/2012...», *op. cit.*, págs. 19-20.

⁶³ Además, el descuelgue de las condiciones pactadas se amplía a jornada de trabajo, horario y distribución del tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y cuantía salarial, sistema de trabajo y rendimiento, funciones, cuando excedan de los límites de la movilidad funcional, y mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social, cuando la empresa acredite pérdidas durante al menos dos trimestres consecutivos (art. 82.3 ET). La STC 119/2014, de 16 de julio de 2014 (rec. núm. 5603/2012), ha desestimado la inconstitucionalidad de esta reforma permitiendo la inaplicación de las condiciones de trabajo de los convenios colectivos en las empresas y la preferencia del convenio de empresa sobre el convenio sectorial en aspectos que afectan esencialmente a las condiciones de trabajo, haciendo una interpretación de la Constitución que menoscaba gravemente el derecho a la negociación colectiva; permitir la inaplicación del convenio colectivo simplemente con el Voto de la Administración, en un órgano administrativo, la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, ignora el pronunciamiento de la Organización Internacional de Trabajo (OIT) en la Queja presentada por CC. OO. y UGT sobre la reforma laboral que expresamente ha señalado que: «para conseguir y conservar la confianza de la partes, todo sistema de arbitraje debería ser realmente independiente, es decir, que los resultados de los arbitrajes no deberían ser predeterminados por criterios legislativos». Un comentario a la misma en: <http://jesuscruzvillalon.blogspot.co.uk/2014/07/giro-cualitativo.html> (consultado el 21 de julio de 2014).

minadas tendencias que prosperan en la actualidad a favor de una ética empresarial voluntarista, o de una resiliencia mercantil fundamentada en una empatía emotiva del empresario son completamente inútiles, contrastadas con la regulación actual que va en un sentido diametralmente opuesto al cosificar al trabajador y ningunear a la autonomía colectiva de clase; como señala el voto particular a la [STC 119/2014, de 16 de julio de 2014](#) (rec. núm. 5603/2012): «el derecho de propiedad se proyecta sobre la empresa como resultado, mientras la libertad de empresa lo hace sobre el libre ejercicio de la actividad económica. Siendo así, ni el art. 33 ni el art. 38 CE (...) colisionan con los contenidos de la regulación laboral de las condiciones de trabajo ni con sus fuentes de regulación; en particular con el derecho a la negociación colectiva del art. 37.1 CE»⁶⁴, argumentos que las recientes reformas ni acatan, ni mucho menos alientan.

2. ¿UN NUEVO MODELO DE SUJETO EMPRESARIAL?: CONCEPTO DE EMPRENDEDOR Y PREFERENCIA NORMATIVA POR LA PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA

La figura del emprendedor se ha convertido en el protagonista de la política laboral del Gobierno español; las medidas destinadas a propiciar su afloramiento se suceden vertiginosamente en los ámbitos fiscal, laboral o administrativo, y antes de analizar su contenido, es obligatorio detenerse en el origen de esta decisión de política productiva que fomenta esta tipología de empresario. El apoyo al emprendedor en España se fundamenta en una interpretación errónea e ideológicamente ultraliberal de las directrices de la Unión Europea en el marco del *Plan Europa 2020* que, sucintamente, determinan la necesidad de un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, basado en la investigación e innovación, en un uso más eficiente y respetuoso medioambientalmente de los recursos, y en «unos altos niveles de empleo, invirtiendo en cualificaciones, luchando contra la pobreza y modernizando los mercados laborales y los sistemas de formación y protección (...)»⁶⁵.

No nos detendremos en desgranar la estrategia comunitaria para los mercados laborales europeos, pero es importante destacar que el *Plan Europa 2020* es un instrumento que articula lo dispuesto en el *Libro Verde: modernizar el Derecho Laboral para afrontar los retos del siglo XXI* de 2006, enmarcado en la Estrategia Europea de Empleo presidida por el método abierto de

⁶⁴ Voto particular del magistrado VALDÉS DAL-RÉ, F., pág. 8. Con una magistral técnica jurídica, en el mismo se identifica dentro del catálogo de facultades asociadas al derecho a la negociación colectiva «la libertad de estipular o, si se prefiere, de seleccionar las materias objeto de negociación y dotar a estas de un contenido sustantivo» (pág. 6), y se revela cómo la reforma laboral incumple «la doble garantía enunciada por el art. 37.1 CE, la cual se encuentra doblada desde el punto de vista de la fuente de protección: el texto constitucional actúa como fuente atributiva directa de ciertas garantías, al tiempo que ordena a la ley desarrollarlas e integrarlas» (pág. 3).

⁶⁵ COMISIÓN EUROPEA: *Comunicación de la Comisión: Europa 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*, 03/03/2010, [COM (2010) 2020].

coordinación, que a su vez da cumplimiento al título *Empleo* del *Tratado de Ámsterdam* de 1997. Este modelo se asienta sobre unos pilares bien definidos, entre los que se encuentra la mejora de la empleabilidad de la mano de obra, el fomento del espíritu emprendedor empresarial, o la mejora de la capacidad de adaptación de empresas y trabajadores a un entorno cada vez más globalizado, variable y competitivo⁶⁶. Estas directrices se concretan en la *Estrategia Española de Empleo 2012-2014* y anualmente en los programas nacionales de reformas, que en el español de 2013 establece reiterativamente como objetivo lograr «un entorno más favorable a los emprendedores»⁶⁷. De esta forma nuestro Gobierno ha apostado por el fomento de una modalidad de empresario, favoreciendo su materialización bajo la fórmula de la pequeña y mediana empresa, diseñando un entorno laboral con unos derechos laborales rebajados que permiten el recurso flexible y barato de la mano de obra, de forma que no hay ninguna modernidad en rescatar rasgos de modelos productivos muy antiguos en los que la seña de identidad era un absoluto desequilibrio de derechos y obligaciones laborales. Pero el problema de las recientes reformas laborales nacionales es, además, la incoherencia entre los objetivos declarados y las medidas adoptadas, no existiendo razonabilidad entre lo enunciado y lo efectivamente conseguido, por lo que la sospecha de que los propósitos son diferentes a los publicitados es muy sensata. El sesgo ideológico de la Unión Europea es muy claro, como organización internacional federal, de naturaleza comercial, naturalmente promueve y propicia la libre competencia empresarial como principio ordenador de su funcionamiento, teniendo como objetivo situar a Europa como potencia industrial y comercial a nivel mundial; el ideario del Gobierno español, identificado claramente como ultraconservador, también apunta, lógicamente, a un sistema de relaciones laborales como el des-construido en la actualidad, pero ni las instituciones comunitarias ni nuestro Estado se encuentran huérfanas de todo compromiso social y concretamente cabe rescatar lo dispuesto en el artículo 128.1 de la *CE*: «*Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general*», por lo que destinar una ingente cantidad de dinero público al apoyo económico de los emprendedores, como se verá seguidamente medida poco efectiva para generar empleo, desatendiendo las necesidades y los derechos de los trabajadores, no es consecuente con ese interés común especificado en la Constitución, por no mencionar la obligatoria distribución equitativa «*de la renta regional y personal*» explicitada en el artículo 40.1 de la *CE*.

En este proceso, y con una evidente precipitación y falta de sistemática, se aprueban normas de fomento al emprendedor antes de establecerse el ámbito normativo definitorio de la propia figura (*Ley 14/2013, de 27 de septiembre*); así la ya comentada *Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo*,

⁶⁶ ABRIL LARRAINZAR, M.ª P. y MEGINO FERNÁNDEZ, D.: «"El laberinto del fauno" de la reforma laboral. Pocas luces y muchas sombras», *RTSS.CEF*, núm. 328, 2010, págs. 69 y 73. Sobre la materia *cfr.*: BALLESTER PASTOR, M.ª A.: «Los retos pendientes en la normativa jurídico laboral española en torno a la estrategia Europa 2020», *RDS*, núm. 54, 2011, págs. 11 y ss.

⁶⁷ Pero sorprendentemente no en relación al entorno laboral sino a cuestiones fiscales, administrativas o de financiación de las empresas; *Programa Nacional de Reformas 2013, Reino de España*, págs. 5, 9 y 59.

que en parte desarrolla la *Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven 2013-2016*⁶⁸, justifica en su Exposición de Motivos que las pymes y emprendedores precisan de una mayor «*capacidad de adaptación a los cambios*» estableciendo un entorno que «promueva la *cultura* emprendedora que genere empleo» y de «*valor añadido*» sin especificar a qué se va a dar ese mayor valor. El discurso desarrollado en esta Exposición de Motivos es propio de un ideario empresarial de gestión de la mano de obra que auspicia la resiliencia corporativa o capacidad de la organización de adaptarse a los acontecimientos adversos, enmarcada en una estrategia o modo de hacer empresa que defiende una «cultura» en la que primen valores éticos en la gestión de las organizaciones de recursos humanos y materiales⁶⁹. Esta autodisciplina patronal parece ser una seña de identidad de una nueva generación empresarial que la normativa trata de generar a toda costa, también a través de una buena parte de las reformas laborales, concretamente mediante el fomento y apoyo de los conocidos como emprendedores. Sin embargo, como hemos analizado anteriormente, las reformas laborales de los últimos tres años más que como mecanismo de superación de situaciones de crisis empresarial, han funcionado como procedimiento de rebaja de derechos laborales, del que se ha beneficiado todo el colectivo empresarial, también el que arroja resultados económicos positivos y no aplica código de conducta empresarial alguno, por lo que reiteramos la evidente disensión entre la finalidad y la funcionalidad de la normativa reformista, en este caso, además, por la carencia de valores morales o cultura de empresa alguna en los recortes laborales impuestos por el Gobierno.

Es difícil descubrir los rasgos definitorios de la figura jurídica del emprendedor presentes en la [Ley 11/2013](#) pues la norma trata de aunar el fomento del empleo y el emprendimiento joven con el apoyo a este colectivo sin diferenciación por el factor edad; por ejemplo, los autónomos menores de 30 años son los destinatarios de los artículos 3 y 4 (compatibilización de la prestación por desempleo con el desempeño de una actividad por cuenta propia y ampliación de las posibilidades de aplicación de la capitalización de la prestación por desempleo), sin embargo los artículos 2, 5 y 6 no reparan en la edad del ámbito personal de aplicación de la norma (y lo mismo puede decirse de los incentivos fiscales del Capítulo II). De nuevo nos encontramos ante una norma en la que la falta de sistemática, una transversalidad de las materias incoherente y una redacción confusa dificultan enormemente su comprensión para la ciudadanía⁷⁰. De este modo dentro del Título I existe un capítulo dedicado al «Fomento del emprendimiento y el autoempleo» con disposiciones para nuevos empresarios jóvenes y otras para todo tipo de nuevos emprendedores, pero beneficiándose todos ellos de las mejoras fiscales para empresas constituidas desde el 1

⁶⁸ Incluida como eje de actuación en el *Programa Nacional de Reformas 2013, Reino de España*, págs. 89 y ss.

⁶⁹ Teoría sobre dirección estratégica de recursos humanos defendida por Daniel GOLEMAN, *La inteligencia emocional en la empresa*, Vergara, 1999, con numerosos componentes éticos (empatía con la plantilla, optimismo, autodominio, adaptabilidad, etc.) pero de carácter voluntarista.

⁷⁰ Característica común del reformismo laboral actual denunciado abiertamente por la doctrina: VALDÉS DAL-RÉ, F.: «La reforma laboral de 2012: (Notas sobre su texto –sistemática interna y calidad técnica– y su contexto –la falta de correspondencia entre el objetivo proclamado y los objetivos realmente perseguidos–)», *RL*, núm. 2, 2013, págs. 2 y ss.

de enero de 2013; con el pretexto de promover la actividad empresarial de los jóvenes se adopta una rebaja impositiva para todo el colectivo patronal de nueva creación⁷¹.

La [Ley 11/2013](#) incluye de esta manera medidas externas a la legislación laboral en sentido estricto⁷², y las laborales son precarizadoras e inadecuadas; incentivar la contratación a tiempo parcial «con vinculación formativa» (art. 9) permitiendo que la formación, además de desvinculada al puesto de trabajo concreto, pueda consistir en una «*formación en idiomas o tecnologías de la información y la comunicación de una duración mínima de 90 horas en cómputo anual*» [art. 9.3.b)] incluso adquirida antes de la contratación desvirtúa la naturaleza formativa del contrato que más bien se justifica en la obtención de la reducción en la cuota empresarial a la Seguridad Social durante un máximo de dos años, que previsiblemente será el plazo de duración de estas contrataciones aunque la norma permite su celebración con carácter indefinido. En cuanto al «*Primer empleo joven*» del artículo 12 y aunque la causa que justifica la temporalidad es técnicamente correcta (adquisición de una primera experiencia profesional), es una modalidad innecesaria en tanto que redundante respecto al contrato en prácticas (art. 11.1 [ET](#)) si bien permite concertarlo cuando el joven tenga una experiencia laboral inferior a tres meses (art. 12.1), posibilitando con ello la contratación de trabajadores empleados anteriormente bajo la modalidad de aprendizaje o en prácticas en la misma o en distinta empresa mediante esta nueva contratación temporal y bonificada, resultando por ello un híbrido de las modalidades formativas precaria para el trabajador y compatible con ellas que, además, puede utilizarse por las ETT para trabajadores en cesión (art. 12.3). De este modo, a parte de estas medidas de fomento a la contratación precaria por parte de los emprendedores, en esta norma no aparece definición o concepto alguno de su figura.

Centrándonos en la [Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internalización](#), tal y como indica su Preámbulo, en la empresa española «*existe margen para mejorar el entorno de la investigación, el desarrollo y la innovación, así como en la utilización de las tecnologías de la información y comunicaciones*», y coincidiendo con esta opinión y con que el sistema educativo universitario puede mejorar esta situación transfiriendo a la empresa los resultados de la investigación pública, discrepamos en cambio con el diagnóstico según el cual el sistema educativo español debe ser la piedra angular para instaurar la cultura empresarial o cultura del emprendimiento. La «*cultura de empresa*» como referente ético, concepto que se repite monótonamente en el punto segundo del Preámbulo de la ley y que el propio artículo 1 reconoce como objetivo («*Esta Ley tiene como objeto... fomentar la cultura emprendedora y un entorno favorable a la actividad económica*»), reiteramos que no se corresponde con ninguna

⁷¹ Con carácter general las entidades de nueva creación constituidas a partir de 1 de enero de 2013 tributarán en el primer periodo impositivo en que la base imponible resulte positiva y en el siguiente, al tipo del 15% por la parte de base imponible comprendida entre 0 y 300.000 euros, y al tipo del 20% por la parte de base imponible restante; disposición final octava, [Ley 14/2013](#) por la que se modifica la [Ley 11/2013](#).

⁷² CASAS BAAMONDE, M.ª E.; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. y VALDÉS DAL-RÉ, F.: «La huida del derecho del trabajo hacia el "emprendimiento"...», *op. cit.*, pág. 4.

corriente de análisis, estudio, reflexión o progreso social determinada dada la generalidad con la que se menciona, por lo que parece que sencillamente trata de velar la instauración de un sistema de normas pro empresario sin más⁷³.

Esquemáticamente, la [Ley 14/2013](#) incluye disposiciones de reforma administrativa que tratan de aliviar la tramitación precisa para iniciar una actividad mercantil, mejoras fiscales y disposiciones para facilitar el acceso del empresariado español a los mercados internacionales. En primer término, resulta muy llamativo el sexismo presente en el lenguaje de la ley que en ninguna ocasión utiliza una terminología no ya femenina, pues ni tan siquiera formula su discurso con carácter neutro, aunque lo realmente relevante es que no incluye ni una sola medida específica de apoyo o fomento de la actividad emprendedora femenina. En cuanto al concepto de emprendedor, el artículo 3 indica que *«se consideran emprendedores aquellas personas, independientemente de su condición de persona física o jurídica, que desarrollen una actividad económica empresarial o profesional, en los términos establecidos en esta Ley»* por lo que parecería que se conceptualiza una variante empresarial diferente a la genérica determinada en el artículo 1.2 del [ET](#) que permitiría diferenciar entre empresarios ordinarios y empresarios *emprendedores* (pudiendo existir también profesionales emprendedores) aunque señalamos que tal diversificación no tiene incidencia en cuanto a la aplicabilidad de la normativa laboral que incumbe sin modulación alguna a todos ellos. Sin embargo, el Preámbulo de la Ley 14/2013 incurre en una contradicción con el artículo 3 indicado al determinar que *«El concepto de emprendedor se define de forma amplia, como aquellas personas, independientemente de su condición de persona física o jurídica, que van a desarrollar o están desarrollando una actividad económica productiva. Así, se pretende que las medidas de la Ley puedan beneficiar a todas las empresas, con independencia de su tamaño y de la etapa del ciclo empresarial en la que se encuentren. Ello sin perjuicio de que determinadas disposiciones de la Ley acoten el ámbito de algunas medidas a ciertos emprendedores, fundamentalmente en función de su tamaño o del estadio en el que se encuentren»*. Es decir, la indicación sobre el desarrollo de una actividad empresarial en los términos establecidos en la Ley 14/2013 no implica que se trate de empresariado de nueva constitución, pudiendo ser emprendedores todos los empresarios con independencia de la antigüedad en su actividad. Este espejismo relativo a la figura del emprendedor, en lo que nos compete, no tiene relevancia a efectos de la aplicación de la normativa laboral que les concierne igual que al empresariado ordinario, salvas las normas que exigen requisitos de edad, por ejemplo, para acceder al fomento del empleo.

No trataremos de componer las contradicciones semánticas y técnicas en las que incurre la [Ley 14/2013](#) pues, reiteramos, no tienen incidencia alguna en la aplicabilidad de la normativa laboral general al sujeto empresarial, solo señalar finalmente que el artículo 7 configura un tipo de responsabilidad atenuada para la figura del «emprendedor de responsabilidad limitada» que

⁷³ El sistema educativo debe estar orientado *«al desarrollo y afianzamiento del espíritu emprendedor, a la adquisición de competencias para la creación y desarrollo de los diversos modelos de empresas y al fomento de la igualdad de oportunidades y del respeto al emprendedor y al empresario, así como a la ética empresarial»*, artículo 4.1, [Ley 14/2013](#).

se aplicará a las personas físicas que podrán evitar que la responsabilidad derivada de sus deudas empresariales afecte a determinados bienes considerados esenciales, que al menos no afectará al deudor que hubiera actuado con fraude o negligencia grave en el cumplimiento de sus obligaciones con terceros, «siempre que así constare acreditado por sentencia firme o en concurso declarado culpable» (art. 7.3), exclusión muy oportuna pues difícilmente puede exigirse respeto o predicarse ética empresarial alguna en un sujeto defraudador o incumplidor de sus obligaciones.

Es inevitable transitar fluctuando entre el contenido de las Leyes 11/2013 y 14/2013 para nuestro propósito, pues la falaz determinación de la figura del emprendedor se aprecia con toda claridad en la Ley 11/2013 con unas medidas de estímulo que se destinan sin restricción para empresas y para trabajadores autónomos. Todas las medidas económicas de fomento (arts. 9 a 13, dado que el art. 14 se destina exclusivamente a empresas de economía social) pueden ser disfrutadas por autónomos y empresas, y configuran la creación de empleo con dos rasgos bien determinados: se trata de convertir a desempleados en emprendedores tal y como promueven los artículos 2 y 3 de la Ley 11/2013, mediante la compatibilización por los menores de 30 años de la percepción de la prestación por desempleo con el inicio de una actividad por cuenta propia y su capitalización; y, en segundo lugar, que el fomento se aplique a la contratación de un solo trabajador/a (arts. 9, 10 y 11) rebajará el desempleo en cifras insignificantes. En la práctica, con la perspectiva de una larga inactividad laboral en el horizonte, muchos jóvenes iniciarán actividades emprendedoras como autónomos invirtiendo sus ahorros, beneficiándose de las medidas de apoyo financiero público y generando pocos puestos de trabajo, en su caso, y adicionalmente de poca calidad por su temporalidad e inestabilidad, constatada la actual dificultad de rentabilizar nuevas actividades empresariales. Por su lado, la Ley 14/2013 tampoco es manifestación de un compromiso real y efectivo con el mercado de trabajo español; la única mención que se efectúa a la creación de empleo se hace para los emprendedores extranjeros de forma análoga a la habitual regulación del régimen de concesión de permisos de actividad para extranjeros de la Ley Orgánica de Extranjería que incide en la potencial creación de puestos de trabajo para la autorización, requisito excesivamente genérico y que ni tan siquiera es ineludible [arts. 63.2 c) y 70.2 Ley 14/2013]; de forma similar se configura a los «profesionales altamente cualificados extranjeros» que operen en España, entre cuyos requisitos se encuentra la generación y mantenimiento del empleo, prescripciones que no encontramos respecto a los emprendedores españoles [art. 71 b) Ley 14/2013]⁷⁴.

La subordinación de medios y derechos a favor de la proliferación de un nuevo tejido empresarial, incluyendo, indebida e intencionadamente, el autoempleo de los trabajadores autónomos para forzar la rebaja de las cifras de desempleo, se advierte también en el Real Decreto-Ley 8/2014, que al abordar las medidas y acciones para dar cumplimiento a los objetivos del Sistema Nacional de Garantía Juvenil (art. 90) indica que: «En cumplimiento del objetivo de apoyo al

⁷⁴ Con la puntual excepción de la corrección y mejora del régimen impositivo para empresas que contraten trabajadores discapacitados (art. 26, Ley 14/2013).

emprendimiento, se desarrollarán aquellas actuaciones o medidas que apoyen el espíritu emprendedor, fomentando la responsabilidad, innovación y emprendimiento, poniendo a su disposición más servicios de apoyo a la creación de empresas, en especial, con una cooperación más estrecha entre los servicios de empleo, las entidades de apoyo a las empresas y los proveedores de financiación. Se podrán desarrollar actuaciones o medidas consistentes en incentivos en la cotización a la Seguridad Social, ayudas al autoempleo, capitalización de la prestación por desempleo, fomento de la cultura emprendedora, medidas para favorecer el autoempleo y el emprendimiento colectivo en el marco de la Economía Social, asesoramiento al autoempleo y creación de empresas y formación para el emprendimiento o cualesquiera otras de carácter similar» [art. 106 d)].

La impresión general en relación con el contenido de estas normas y lo declarado en sus Exposiciones de Motivos es la divergencia completa entre ambos extremos; si se trata de articular un sistema de conducta empresarial de naturaleza voluntaria, convendría señalar que el empresario ético no solo debe invertir en nuevas tecnologías mejorando su producción y sistemas de trabajo, la ética o *cultura de empresa* que menciona la Ley 14/2013 o la «responsabilidad, innovación y emprendimiento» del Real Decreto-Ley 8/2014 debe materializarse en la consideración de que la mano de obra no es una mercancía de la que se debe extraer el máximo beneficio aun a costa de unas condiciones laborales parcas y abusivas; contrariamente, el empresario ético aprecia el trabajo y la fidelidad de su plantilla como un valor importante, propicia un clima laboral correcto pues conoce sus efectos positivos sobre la productividad e incluso invierte parte de sus beneficios en la comunidad en la que se enclava, reconociendo de este modo que debe reintegrar el apoyo económico que la sociedad le otorga y que proviene del esfuerzo común (bonificaciones, subvenciones, rebajas fiscales, apoyo por parte de las Administraciones públicas, etc.). Esta demanda se sustenta en la propia Constitución española cuyo artículo 38 ofrece un concepto de empresa como «una institución orientada a la economía social de mercado y no a un modelo autoritario de empresa en donde el interés de la misma es definido unilateralmente y de manera unívoca por el empresario (...)»⁷⁵. Desafortunadamente esta no es la sensibilidad presente en las normas revisadas anteriormente: se ha generado una normativa laboral escasamente protectora y con amplios márgenes de flexibilidad para el empresario, al que se sitúa en la siguiente encrucijada: el reconocimiento voluntario de unas condiciones dignas y suficientes a su plantilla, o bien la utilización de la mano de obra bajo unos parámetros muy exigüos con un margen de beneficio empresarial mayor; de esta forma la legislación prácticamente avoca al empresariado al abuso, pues las consideraciones éticas normalmente cederán frente a la posibilidad de obtener un mayor rédito en la actividad productiva.

En cuanto a la continua referencia a las pymes en general, como objeto central de atención de las sucesivas reformas laborales, plantea el problema de que se realiza incondicionalmente (a

⁷⁵ BAYLOS GRAU, A.: «La desconstitucionalización del trabajo en la reforma laboral del 2012», *RDS*, núm. 61 (2013), págs. 27-28; sobre este tema *cf.* del mismo autor: «Empresa responsable y libre empresa. Una aproximación constitucional» en APARICIO, J. y VALDÉS, B.: *La responsabilidad social de las empresas en España: concepto, actores, instrumentos*, Albacete: Bomarzo, 2011.

la generalidad del colectivo, de igual modo que a todo tipo de empresarios, incluyendo pequeños, grandes, complejos, grupos de empresa, etc.) permitiendo, como ya se ha señalado, que empresas que no se encuentran en situación de crisis empresarial recorten derechos a sus plantillas o sencillamente despidan a parte de las mismas; el procedimiento más sencillo para ello se concreta en la alegación de las causas organizativas que son esencialmente decisiones empresariales, que precisamente por pertenecer al ámbito de dirección del empresario gozan de una enorme discrecionalidad de compleja revisión (tanto en periodo de consultas como judicialmente). Cuando la norma se enuncia con unos objetivos declarados concretos –por ejemplo, mejorar la situación de las empresas en crisis, o mejorar la productividad de las pymes–, pero el ámbito subjetivo al que se dirige es inadecuado por extensivo, el resultado es que se beneficiarán de los efectos normativos sujetos que no deberían concurrir en el ámbito aplicativo, pues la aplicación de la norma en su caso no va a cumplir los objetivos predicados por la misma. Actualmente una empresa solvente económicamente y con independencia de si es de reciente constitución o de su tamaño, podrá extinguir contratos por despido objetivo por bajas por accidente o enfermedad, o realizar despidos colectivos sencillamente por causas organizativas con una indemnización en caso de improcedencia rebajada por el [Real Decreto-Ley 3/2012](#), en iguales condiciones que una empresa en crisis.

Además las reformas no contemplan que la solvencia financiera de la empresa, mediana o pequeña, es en la mayoría de las ocasiones enormemente inestable, con cuentas de resultados que pueden variar en positivo o negativo habitualmente y en cortos espacios temporales. Adicionalmente a esta mutabilidad, que no debe confundirse con falta de rentabilidad, el legislador soslaya que un porcentaje de esta modalidad empresarial son empresas muy solventes con balances de beneficios positivos y que sin embargo están precarizando las condiciones de su mano de obra para aumentar aún más su lucro empresarial. Por último, es importante reiterar que una empresa, independientemente del tamaño, podrá encontrarse puntualmente en una situación de crisis financiera y por ello proceder a ajustar condiciones laborales o plantilla, pero una vez que la situación se ha solventado, no existe mecanismo legal oportuno que compela al empresario a reponer las condiciones laborales rebajadas (por ejemplo, traslados *ex art. 40.1 ET* o modificaciones sustanciales *ex art. 41 ET*, por no mencionar el despido objetivo o colectivo).

El tratamiento normativo diferenciado de la empresa de menor tamaño no es desde luego inédito en nuestro Derecho Laboral; la introducción de, por ejemplo, regímenes más favorables para las pymes en los supuestos de despido es típico y hasta cierto punto consecuente con la tutela que se trata de conferir a esta tipología empresarial mayoritaria y, en principio, más frágil económicamente. Sin embargo, esta técnica ya presente en la redacción de 1980 del *ET* parte de una premisa cuestionable, pues las empresas de pequeño o mediano tamaño no son de por sí más frágiles económicamente (muchas pymes son perfectamente solventes y arrojan importantes lucros empresariales). De esta forma, el *ET de 1980* estableció para empresas de menos de 25 trabajadores una reducción del 40% en la indemnización para el despido procedente, y un ejemplo del mismo tipo y mucho más reciente lo encontramos en la [Ley 27/2011, de 1 de agosto](#), sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, cuya disposición adicional decimosexta establece que en despidos colectivos en empresas de menos de 100 trabajadores que afecten a trabajadores de 50 o más años, la empresa no tendrá que efectuar

aportaciones económicas al Tesoro Público cuando el porcentaje de despedidos mayores de esa edad no supere el 50% del total de trabajadores de esa edad. Pero la exorbitante preferencia del Gobierno por la pequeña y mediana empresa tiene su máximo exponente en el contrato indefinido bonificado para empresas de menos de 50 trabajadores con un periodo de prueba de un año de duración⁷⁶. Las razones del fomento económico para las empresas que concierten este tipo de contrataciones se justifica en la necesidad de favorecer a los colectivos que más están sufriendo las consecuencias de la crisis económica: jóvenes desempleados y pequeña y mediana empresa, pero a los primeros se les ofrece precariedad, mientras que a las pymes se les permite disfrutar de bonificaciones procedentes de los recursos públicos y la posibilidad del despido libre y no indemnizado durante el primer año de contrato⁷⁷. La centralidad en la pequeña y mediana empresa en las reformas laborales no solo rebaja las condiciones laborales de la mano de obra, goza de un efecto de una notable perversidad que afecta a la composición del mapa de relaciones colectivas de trabajo español conocida la carencia de representación colectiva de los trabajadores en la mayor parte de estas modalidades de empresa⁷⁸. Esta conformación de plantillas exiguas (y por ello desindicalizadas) se favorece claramente con medidas como la que bonifica la contratación de un solo trabajador joven por parte de una microempresa o por un empresario autónomo, o cuando se toma en consideración el tamaño de la plantilla por debajo de 250 trabajadores para mejorar las bonificaciones en las cuotas empresariales a la Seguridad Social⁷⁹. Esta evidente deriva reformista favoreciendo a las mercantiles con una plantilla limitada despojará del derecho a la representación en la empresa a miles de trabajadores, procurando una individualización de la relación laboral que prácticamente compele al trabajador a la aceptación servil de cualquier demanda empresarial.

⁷⁶ Aprobado en el [Real Decreto-Ley 3/2012](#) y aún más flexibilizado con el [Real Decreto-Ley 16/2013, de 20 de diciembre](#), tras el que se permite su celebración a tiempo parcial, generando en tal caso las bonificaciones proporcionales al tiempo de trabajo contratado. Esta última reforma, además, permite que las empresas de trabajo temporal utilicen el contrato en prácticas, de forma que las dos modalidades de contratación temporal para jóvenes (art. 11 ET) ya pueden ser objeto de cesión temporal, avocando a la temporalidad y a los bajos salarios a miles de jóvenes trabajadores.

⁷⁷ Comentando esta modalidad contractual con detalle y desvelando el efecto sustitución de la mano de obra, incluso sin perder los derechos a las bonificaciones empresariales si el despido objetivo es procedente, BAZ RODRÍGUEZ, J.: «El contrato de trabajo indefinido de apoyo a los emprendedores. Análisis crítico de una apuesta por la "flexi-inseguridad"», *RDS*, núm. 59, 2012, págs. 91 a 95.

⁷⁸ En agosto de 2012 el 80% de las empresas dadas de alta en la Seguridad Social no alcanzan el número mínimo de trabajadores exigido para tener representación unitaria por ley; ALFONSO MELLADO, C. L.: «La reforma de la negociación colectiva en la Ley 3/2012...», *op. cit.*, pág. 22. La predilección del Gobierno por estas empresas ha propiciado la constitución de órganos consultivos a su servicio: [Real Decreto 962/2013, de 5 de diciembre, por el que se crea y regula el Consejo Estatal de la pequeña y la mediana empresa](#).

⁷⁹ [Real Decreto-Ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo](#), (art. 9) en el que además se incrementan las reducciones de las cuotas empresariales a la Seguridad Social si la empresa tiene una plantilla inferior a 250 trabajadores cuando concierte un contrato a tiempo parcial con vinculación formativa (art. 10). [Real Decreto-Ley convalidado por la Ley 11/2013, de 26 de julio](#).

3. LA PERMISIVIDAD LEGAL CON EL EMPRESARIO INCUMPLIDOR

El ordenamiento laboral español como mecanismo de composición de intereses diversos de trabajadores y empresarios no garantiza eficientemente una tutela suficiente para la parte débil del contrato; el Derecho Sindical ha actuado como un contrapeso a favor de la mano de obra, posibilitando complementar las condiciones laborales que no aparecen lo suficientemente afianzadas por la normativa. Este desequilibrio se percibe con claridad al desvelar la permisividad estructural, no provocada por las sucesivas reformas, de nuestro sistema normativo con la parte contractual empresarial; el artículo 50.1 b) del ET es un ejemplo del pertrechamiento de la figura del patrón en una situación de franca ventaja, dada la tibieza con la que se sanciona el incumplimiento de sus obligaciones laborales. El impago o el retraso continuado en el abono del salario pactado como causa justa de extinción contractual por parte del trabajador, que además ha sido interpretado por la jurisprudencia de forma objetiva⁸⁰, genera el derecho al percibo de la indemnización prevista para el despido improcedente (art. 50.2 ET) de modo que el mensaje que exterioriza el legislador es que el sujeto que incumple lo dispuesto en el contrato laboral e ilegalmente trasgrede una de las notas constitutivas de la laboralidad tiene como sanción el abono de una indemnización, probablemente escasa atendida la poca antigüedad de la mayor parte de los empleados en nuestro mercado laboral. No es por tanto irrazonable sostener que en este supuesto no se atiende convenientemente la doble lesión que se genera al trabajador que no percibe su salario y, además, pierde su trabajo mediante la extinción voluntaria, discrecionalidad que por otra parte no es real pues la libertad del trabajador se constriñe por la necesidad de obtener rentas para subsistir.

El régimen de fomento del empleo, concretamente las excepciones a las disposiciones limitativas del acceso a las bonificaciones y subvenciones por contratación, es también un ejemplo de la laxitud estructural y tradicional con la que la norma considera las conductas ilegítimas del empresario. Las diferentes normas que han establecido los programas de fomento del empleo han previsto, como requisito para los empresarios, encontrarse al corriente en el pago frente a la Seguridad Social y también respecto a sus obligaciones tributarias y no haber cometido infracciones muy graves no prescritas en materia de fomento del empleo⁸¹, entre otros requisitos y exclusiones, y característica común a las sucesivas normas en la materia (para evitar el efecto de sustitución de mano de obra ordinaria por contratados bonificados) ha sido la imposibilidad de beneficiarse de las medidas si se ha procedido a extinciones contractuales declaradas improcedentes en, normalmente, los seis meses anteriores a la contratación. En primer lugar, observar que la limitación temporal tasada en solo seis meses permite que se sirvan de estos programas sujetos que han efectuado extinciones improcedentes, por ejemplo colectivas unos días después de ese plazo, e inconcebiblemente esta anomalía legal se ha visto empeorada en las últimas reformas. La Ley

⁸⁰ Prescindiendo de la consideración de elementos como el grado de culpabilidad o la situación de crisis económica de la empresa; MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, op. cit., págs. 826 y 827.

⁸¹ Por ejemplo, en *Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo*.

11/2013, artículo 9.5, posibilita conservar las bonificaciones en la contratación a tiempo parcial con vinculación formativa aun cuando el empresario haya procedido a extinciones contractuales improcedentes con anterioridad a la entrada en vigor de la norma, o «para la cobertura de aquellos puestos de trabajo del mismo grupo profesional que los afectados por la extinción y para el mismo centro o centros de trabajo», permitiendo numerosas maniobras elusivas para no perder las bonificaciones como el encuadramiento del nuevo trabajador en puestos distintos a los extinguidos o en otro centro de trabajo⁸². Lo mismo sucede respecto a los incentivos a la contratación mediante el «primer empleo joven» a los que se aplica idéntico régimen de amnistía frente a los despidos improcedentes, ilegítimos, que no se consideran para permitir que el empresario opte a las bonificaciones favoreciéndose además el efecto sustitución comentado (art. 12.3). En este último caso la desatención a la situación del trabajador afectado es manifiesta, pues se incluye la resolución durante el periodo de prueba como extinción que no afecta al volumen de empleo requerido por la norma, para beneficiarse de los incentivos (art. 12.5), en contratos con una duración legalmente establecida entre tres y seis meses (art. 12.2), de modo que en la mayoría de las ocasiones la duración del contrato será coincidente con la duración del periodo de prueba que, no superado por voluntad del empresario, no computará a efectos de beneficiarse de futuras bonificaciones.

Sin lugar a dudas el procedimiento más flexibilizador y al tiempo permisivo con el empresario afecta precisamente a la pequeña y mediana empresa. En el caso del contrato bonificado indefinido para empresas de menos de 50 trabajadores, permitir que los empresarios que han procedido a extinciones objetivas declaradas procedentes en los últimos tres años opten a los incentivos implica fomentar un efecto sustitución de la mano de obra completamente perverso⁸³; reiteramos que los beneficios fiscales o en las cuotas a la Seguridad Social se financian con recursos públicos que según establece el artículo 128.1 de la CE deben estar subordinados al interés general, y no ser destinados exclusivamente al beneficio empresarial, desequilibrado completamente, con la contrapartida ofertada a los desempleados españoles: la contratación con la posibilidad de una extinción no indemnizada durante el primer año de vigencia del contrato. Sin embargo, el artículo 4.7 de la Ley 3/2012 no incluye la extinción durante el periodo de prueba para calcular el volumen de empleo necesario para optar a las bonificaciones a diferencia de las normas comentadas anteriormente, omisión que permite contabilizarlas a pesar de que es previsible que no sean muy

⁸² Ley 11/2013 que convalida el *Real Decreto-Ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo*, artículo 9.5: «Para poder acogerse a esta medida, las empresas, incluidos los trabajadores autónomos, deberán no haber adoptado, en los seis meses anteriores a la celebración del contrato, decisiones extintivas improcedentes. La limitación afectará únicamente a las extinciones producidas a partir del 24 de febrero de 2013, y para la cobertura de aquellos puestos de trabajo del mismo grupo profesional que los afectados por la extinción y para el mismo centro o centros de trabajo».

⁸³ «Un simple cálculo de rentabilidad económica que pondere, por un lado, los costes indemnizatorios rebajados en 2012, y por otro, los incentivos económicos a percibir por la empresa a través del CIAE, permitirá a la empresa decidir si le conviene la sustitución de empleo protegido, por empleo desprotegido frente al despido» además de permitir la sustitución de mano de obra antigua adscribiendo al nuevo contratado a un grupo profesional o centro de trabajo distinto; BAZ RODRÍGUEZ, J.: «El contrato de trabajo indefinido de apoyo a los emprendedores...», *op. cit.*, pág. 93.

frecuentes pues en el mismo número el precepto obliga al mantenimiento del trabajador al menos tres años desde la fecha de inicio de la relación laboral, que debe entenderse iniciada cuando se supera el periodo de prueba. Si todos estos argumentos no resultan suficientes para acreditar la permisividad normativa con el empresariado incumplidor, y en contra de la voluntad declarada de lucha contra el fraude en el entorno laboral, todas las previsiones comentadas en fomento del empleo se adelgazan con la sustitución como sanción accesoria, de la automaticidad en la pérdida de las ayudas, bonificaciones y beneficios de los programas de empleo, por una proporcionalidad ponderada según el número de trabajadores afectados por la infracción –art. 46 a) [RDLeg. 5/2000 \(LISOS\)](#)–, que comparativamente con el endurecimiento de las infracciones y sanciones de los trabajadores de la [Ley 13/2012, de 26 de diciembre, de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social](#), es desmedida⁸⁴.

Efectivamente la reforma del régimen de infracciones y sanciones mediante la [Ley 13/2012, de 26 de diciembre](#), acrecienta la permisividad que venimos comentando; en materia de contrata y subcontratas amplía el plazo de un año a tres tras la finalización de la misma, para que inspección pueda reclamar a los empresarios infractores con carácter solidario los débitos en materia de Seguridad Social; pero esta medida no se introduce para garantizar los débitos salariales con los trabajadores, ni se amplía a trabajadores de actividades impropias, demostrando que la medida no tiene una finalidad disuasoria o punitiva para los empresarios incumplidores (ni tan siquiera tuitiva para los trabajadores) y es una previsión meramente recaudatoria y asegurativa para la Seguridad Social⁸⁵. Un patrón dual (sancionador y, sobre todo, protector del patrimonio financiero público) persiguen las reformas de la LISOS que establecen como infracciones graves de los empresarios la falta de comunicación a la entidad gestora de la prestación por desempleo, de las modificaciones relativas a horario y jornadas reducidas inicialmente comunicadas, o contratar a solicitantes o beneficiarios de prestaciones periódicas o pensiones incompatibles con el trabajo asalariado, para evitar percepciones económicas fraudulentas o indebidas por parte de los trabajadores (arts. 22.13 y 22.14 LISOS).

Sin duda, una ejemplificación de las más graves de la condescendencia con el empresariado infractor lo constituyó el [Real Decreto-Ley 5/2011, de 29 de abril, de medidas para la regularización y control del empleo sumergido y fomento de la rehabilitación de viviendas](#), que en su artículo 1 concedió un plazo de tres meses (hasta el 31 de julio de 2011) en el que las empre-

⁸⁴ Entre otros, reforma de los artículos 23.1 y 2, 23.4, 26.2 y 47.1 a) y c), analizados en: GIL VILLANUEVA, M.: «La Ley 13/2012, de 26 de diciembre, de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social», *RL*, núm. 2, 2013, págs. 100-101 y 104.

⁸⁵ [Ley 13/2012](#), que constituye, junto con la Reforma del Código Penal en materia de lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social, uno de los instrumentos normativos que ejecutan el *Plan de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social para el periodo 2012-2013*. Esta norma modifica el ET, la Ley General de la Seguridad Social, la Ley Ordenadora de la Inspección de Trabajo y la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social; en: GIL VILLANUEVA, M.: «La Ley 13/2012, de 26 de diciembre, de lucha contra el empleo irregular...», *op. cit.*, pág. 85; la modificación del régimen de la subcontratación en pág. 88.

sas pudieron regularizar los trabajadores que no tenían dados de alta laboral sin sanción, bajo la justificación de la precisa afluencia de la economía sumergida; imaginar una norma con este contenido pero a favor de los trabajadores incumplidores es impensable y evidencia que para el legislador laboral empresarios y trabajadores no son equiparables en derechos y obligaciones, y que la normativa laboral no compensa en absoluto la debilidad estructural del asalariado.

En último lugar, es necesario incidir nuevamente en el régimen del despido pues las últimas reformas han puesto de manifiesto una deficitaria estructura de este sistema de extinción que repara insuficientemente al trabajador el detrimento sufrido y califica con suavidad la infracción de la empresa del régimen normativo establecido para efectuar las extinciones. El sistema de despido pivota sobre tres ejes: causalidad, procedimentalidad e indemnización, de modo que si la primera se amplía mediante la facilitación causal, el procedimiento se aligera y la cuantía de la indemnización se rebaja, el sistema se desequilibra, desmedidamente, en perjuicio del trabajador. El Auto del Juzgado de lo Social n.º 34, de Madrid, de 14 de enero de 2013, se cuestiona si el establecimiento de indemnizaciones por despido tasadas por ley presente en nuestro sistema desde el Real Decreto-Ley de Relaciones de Trabajo de 1977 vulnera los artículos 9.3 y 24.1 de la CE –interdicción de la arbitrariedad y derecho a la tutela judicial efectiva– «al no permitir al juez valorar los daños efectivamente experimentados por el trabajador al perder el empleo, sustituyendo tal valoración por otra de carácter legal en la que únicamente se considera el tiempo de servicios»⁸⁶. El auto se pronuncia respecto a la dualidad indemnizatoria establecida tras la reforma de 2012 (45 días hasta el 12 de febrero de 2012 y 33 días posteriormente) pero en realidad el carácter objetivo y tasado de la indemnización procedente del propio artículo 56.1 del ET que se ha defendido encuentra un sólido fundamento constitucional en principios constitucionales como el de seguridad jurídica⁸⁷, olvidando que establecer una responsabilidad objetiva valorando el incumplimiento de la empresa –en la causa o en el procedimiento del despido– con la improcedencia y la exigua indemnización que corresponde a tal calificación genera un resarcimiento insuficiente que desiguala radicalmente el equilibrio contractual laboral que la normativa debe garantizar. Al fin y al cabo hablar de improcedencia es hablar de un incumplimiento normativo por parte del empresario, ilegalidad que la normativa española ha resuelto típicamente favoreciendo a la empresa, parcialidad que se ha evidenciado claramente cuando se han menguado unas indemnizaciones ya de por sí escasas.

4. CONCLUSIONES: LOS OTROS PROBLEMAS QUE EL LEGISLADOR NO RESUELVE

La doctrina española ha valorado las reformas comentadas de forma crítica y coincidiendo en algunos aspectos que trataremos a continuación; posteriormente concluiremos evidenciando

⁸⁶ Procedimiento 407/2012, analizado por GOERLICH PESET, J.M.ª : «Causas y procedimientos extintivos reformados en 2012...», *op. cit.*, págs. 166 y 167, no compartiendo los argumentos esgrimidos en la misma, pág. 167.

⁸⁷ GOERLICH PESET, J.M.ª: «Causas y procedimientos extintivos reformados en 2012...», *op. cit.*, pág. 167.

algunas cuestiones que, al menos en parte, determinan las carencias de nuestro sistema productivo y que no son tratadas convenientemente por la normativa, concretamente la particular sectorización productiva nacional y la precisa mejora en la cualificación del sujeto empresarial.

La Fundación de Estudios de Economía Aplicada (FEDEA) publicó en enero de 2012 el mapa de ruta del proceso de reformas sufrido; el ideario desarrollado en *Diez principios fundamentales para lograr una reforma laboral eficaz y justa*⁸⁸ se ha cumplido prácticamente en su integridad. La crisis económica ha justificado un reparto desigual de los esfuerzos para superarla y una disminución dramática en las condiciones laborales y económicas de la ciudadanía; el desplazamiento de las medidas de austeridad de una forma desproporcionada a las clases medias y bajas, especialmente al colectivo de los trabajadores, ni está provocando, ni es previsible que lo haga, una recuperación económica, sin embargo está dinamitando el sistema de relaciones laborales presente en nuestro país desde la vigente Constitución. El reformismo laboral iniciado en la Ley 35/2010 ha trastocado el equilibrio entre derechos y obligaciones contractuales; de forma complementaria e incrementando esta desproporción, se comprime la capacidad de la negociación colectiva. Todo ello genera, en primer lugar, inseguridad jurídica; la descomedida sucesión de reformas es muestra de una limitada competencia del reformador como jurista y legislador, normativa, además, de una «agobiante complejidad (...) que evidencia el poco esmero que tiene el legislador» imposibilitando prácticamente a la ciudadanía su comprensión⁸⁹.

Que las reformas laborales mayoritariamente hayan incidido en el debilitamiento de la posición jurídica del trabajador, indica que se parte de la premisa de que el abaratamiento de los costes labores y la flexibilización en la utilización de la mano de obra siempre mejorará la situación económica del país con independencia de la disparidad de los problemas concretos que se tratan de solventar. Esta pluricausalidad ha sido ignorada «torticeramente» por el Gobierno que insiste en la falacia de que la destrucción de empleo es causada por la rigidez de la normativa laboral, ignorando otros problemas como, por ejemplo, la alta tasa de abandono escolar⁹⁰. «Enunciada la idea desde otro ángulo, las modificaciones que se han emplazado en los lugares apropiados o inapropiados, según respondan o no a los principios y pautas de la técnica legislativa, son, en lo esencial, modificaciones "oportunistas", cuyas conexiones con esos objetivos son, en el mejor de los casos, de carácter colateral y secundario»⁹¹.

No queremos ser reiterativos repasando las reformas analizadas y la desvalorización provocada sobre los derechos laborales, pero al menos señalar que parten del «condicionamiento

⁸⁸ http://www.fedea.net/10-principios/10_principios_fundamentales.pdf (consultado el 9 de noviembre de 2013).

⁸⁹ VALDÉS DAL-RÉ, F.: «La reforma laboral de 2012: (Notas sobre su texto...», *op. cit.*, pág. 3.

⁹⁰ URRUTIKOETXEA BARRUTIA, M.: «El preámbulo del RD Ley 3/2012...», *op. cit.*, págs. 23-26. Coincidimos con el autor en que el abandono escolar es un grave problema, pero es imprescindible señalar que no solo redundará en la insuficiente cualificación profesional de los trabajadores, también lo hace en la deficiente formación de los futuros empresarios.

⁹¹ VALDÉS DAL-RÉ, F.: «La reforma laboral de 2012: (Notas sobre su texto...», *op. cit.*, pág. 2.

básico de que el sistema de derechos lo da la solvencia del sistema financiero» provocando una subordinación de las libertades al proceso de recomposición del capital financiero global⁹². Quizás las cifras de desempleo mejoren, «pero no será por las modificaciones de la ley laboral»⁹³ y sí por la deriva de los mercados económicos internacionales que nos avientan. De hecho, el propio Gobierno, las cifras de Eurostat o de la OCDE previeron para 2012 una destrucción «de más de 650.000 empleos, sin que la tasa de paro invierta su sentido ascendente hasta finales de 2013 o, incluso, hasta mediados del 2014»⁹⁴. La generación de empleo depende «de la salud de la actividad económica general, de la inversión y del consumo» y, significativamente, de las políticas públicas que fomenten de forma adecuada el incremento del mismo y «no de la promulgación de normas restrictivas de derechos»⁹⁵, por lo que en síntesis, aunque en el futuro se produzcan cambios en el signo político del Gobierno o en sus políticas sociales, el histórico de reformas demuestra que los derechos laborales se recuperan, cuando lo hacen, muy lentamente y sin alcanzar el nivel original de protección para el colectivo de los trabajadores y las trabajadoras; en suma, la complejidad de las dificultades del mercado de trabajo español precisa la adopción de medidas diferentes a las hasta ahora adoptadas y de distinta naturaleza⁹⁶.

En cuanto a la distribución sectorial nacional existen algunas cuestiones que merecen ser revisadas, pues en muchos casos determinan, la precariedad laboral de los empleados en los diferentes sectores como consecuencia de la temporalidad en la contratación y los bajos salarios. El mapa productivo nacional lo determinan, entre otros, factores políticos, socio-económico y medio ambientales (clima, orografía, etc.); en el caso español la agricultura y el sector servicios, en el que se incluye la hostelería y el turismo que constituyen una fuente de recursos vital para nuestro país, son mayoritarios frente a un sector industrial en el que un porcentaje significativo de la inversión procede de empresas extranjeras radicadas en nuestro territorio, y el de la construcción, como es sabido en declive desde hace unos años. La estacionalidad de las actividades mayoritarias en España influye, evidentemente, en la fuerte segmentación «entre trabajadores fijos y trabajadores temporales, como consecuencia de una temporalidad laboral excesiva en el sistema de producción (la temporalidad media en la UE27 es más de 10 puntos inferior a la es-

⁹² BAYLOS GRAU, A.: «La contracción del Estado Social», *RDS*, núm. 63, 2013, pág. 34.

⁹³ URRUTIKOETXEA BARRUTIA, M.: «El preámbulo del RD Ley 3/2012...», *op. cit.*, pág. 25.

⁹⁴ VALDÉS DAL-RÉ, F.: «La reforma laboral de 2012: (Notas sobre su texto...», *op. cit.*, pág. 9.

⁹⁵ PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: «La reforma laboral de 2012, un año después (hacia la creación de empleo a través de la facilitación y el abaratamiento de los despidos)» en: *La aplicación práctica de la reforma laboral. Un estudio de la Ley 3/2012 y de los Reales Decretos-Leyes 4/2013 y 5/2013*, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. R., (dir.), Valladolid: Lex Nova-Thomson Reuters, 2013, pág. 36.

⁹⁶ Informe OIT: *Trabajo en el mundo 2012, Mejores empleos para una economía mejor*, que en relación a la grave situación española advierte que los recortes salariales no son una vía idónea para la recuperación, y señala entre las alternativas la creación de una banca pública que respalde aquellas actividades de interés público que son deficitarias; en: http://www.ilo.org/global/publications/ilo-bookstore/order-online/books/WCMS_227295/lang-es/index.htm (consultado el 14 de abril de 2014).

pañola), verdadera anomalía comparativa dentro del contexto europeo»⁹⁷; esta configuración, y no el Derecho Laboral, es la que determina «los formidables vaivenes que experimenta la tasa de paro en España en momentos de cambio del ciclo económico»⁹⁸.

De forma adicional a la temporalidad predominante en determinados sectores y actividades, el nivel salarial español se ha desplomado dramáticamente como consecuencia de las sucesivas congelaciones del mínimo interprofesional durante los años 2013 y 2014, y de la contención sugerida en la propia concertación social en unos momentos de declive económico y extraordinarias tasas de destrucción de empleo⁹⁹. Esta rebaja coyuntural ha provocado un efecto nefasto; los sectores productivos de un país determinan muy marcadamente el mapa de categorías y cualificaciones profesionales precisas para atenderlos. En nuestro caso, a parte del sector agrícola que precisa habitualmente mano de obra poco cualificada, contamos con el de la construcción –similar a este respecto–, un sector industrial, preferentemente ocupado por empresas extranjeras que traen con ellas su innovación e investigación, deslocalizando aquí su producción (por ej., automoción) y un mayoritario sector servicios en el que se alojan actividades de muy diverso tipo, pero preferentemente la atención de actividades de escasa o discreta cualificación en hostelería y turismo. La consecuencia más obvia es que un importante porcentaje de los puestos de trabajo precisan de un nivel profesional medio-bajo con unos salarios escasos en consonancia con la categoría profesional ostentada. Precisamente por ello la reforma de la negociación colectiva es desafortunada y contraproducente; el convenio colectivo mejoraba salarios que difícilmente podrían permitir la supervivencia, y las facilidades concedidas al empresariado para la inaplicación de estas mejoras –mediante el descuelgue convencional (art. 82.2 ET) o a través del procedimiento de modificación colectiva de las condiciones salariales del art. 41 ET–, han precarizado las condiciones económicas de los trabajadores por razones no relacionadas con la crisis económica en empresas con una solvencia financiera acreditada. El debate sobre la presión salarial soportada por la empresa española es una de las premisas presentes en el reformismo laboral de los últimos años al señalarse que el trabajador en España es excesivamente caro para el empresariado¹⁰⁰; es importante señalar que los costes sociales (cuota patronal a Seguridad Social, FOGASA y otros) junto a salario bruto componen un gasto global que constituyen una variable más dentro de un complejo sistema de gastos-ingresos de la contabilidad de la empresa, que independientemente considerado no tiene incidencia alguna sobre la calidad del tejido empresarial de un sector pro-

⁹⁷ PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: «La reforma laboral de 2012, un año después...», *op. cit.*, pág. 43.

⁹⁸ VALDÉS DAL-RÉ, F.: «La reforma laboral de 2012...», *op. cit.*, pág. 9.

⁹⁹ «La retribución por asalariado que refleja la Contabilidad nacional ha mostrado una fuerte contención, e incluso caídas significativas al final de 2012 (-3 % anual) y al principio de 2013 (-0,6 %). Los costes salariales han descendido en la segunda mitad de 2012 (hasta -3,6 % en el último trimestre), con una caída del coste salarial ordinario en el primer trimestre de 2013 del -0,5 %, la mayor de toda la crisis. La caída de los costes salariales es aún mayor entre las pymes (-2,4 % anual)», págs. 17 y 18 en: *Informe de la evaluación del impacto de la reforma laboral*, MEYSS, http://www.empleo.gob.es/es/destacados/home/impacto_reforma_laboral/Informe_de_evaluacion_del_impacto_de_la_reforma_laboral.pdf (consultado el 7 de marzo de 2014).

¹⁰⁰ VALDÉS DAL-RÉ, F.: «La reforma laboral de 2012...», *op. cit.*, pág. 9.

ductivo, siendo su minoración un procedimiento de incremento directo del porcentaje de beneficio de la empresa. Otro aspecto que se valora en el precio global de la mano de obra son los costes del despido y tal inclusión genera cierta confusión pues se trata de una partida independiente al salario percibido por el trabajador que estrictamente no es un gasto ocasionado por el proceso de producción del bien o servicio ofertado al mercado. Exceptuando las indemnizaciones por finalización de los contratos temporales y los despidos disciplinarios y objetivos basados en circunstancias subjetivas del trabajador, el coste de la extinción contractual constituye una indemnización por incumplimiento contractual no imputable al trabajador, por lo que lo oportuno sería considerarlos un coste obviamente asumido por el empresario, pero no una partida contable que encarece el precio de la hora de trabajo en España.

En suma, la depreciación de la negociación colectiva de sector a favor del ámbito funcional empresarial es un error gravísimo que con independencia de las consideraciones de política sindical que conlleva, en la práctica dificultará solventar a través de este mecanismo las deficiencias sectoriales apuntadas en materia retributiva y de periodicidad en las contrataciones. Sin duda alguna la negociación de sector puede introducir mecanismos para corregir anomalías de precarización tal y como ha venido sucediendo en la práctica, confirmando la existencia de un vacío normativo en el que la legislación debe intervenir reparando unas carencias que sorprendentemente son prácticamente endémicas en nuestro modelo de relaciones laborales.

El legislador debe actuar sobre los sectores y/o ámbitos geográficos individualizadamente y concretamente en materia de fomento del empleo, promoviendo la actividad empresarial no estacional en sectores y espacios territoriales concretos. El ofrecimiento de bonificaciones e incentivos fiscales genéricamente para todo tipo de actividades empresariales acrecienta y afianza el problema, pues el empresariado tiende a iniciar actividades que le son familiares, o son cotidianas en su entorno por su probable rentabilidad, y para arriesgar su capital y su trabajo en mercantiles innovadoras, debe contar con suficiente soporte económico y con orientación cualificada ofrecida por las instituciones públicas. Que el Gobierno pida un esfuerzo en innovación al empresariado es desinteresarse de parte de sus competencias pues es deseable que las ayudas gubernamentales se inviertan convenientemente y que los poderes públicos también innoven en cumplimiento del diseño de «una política orientada al pleno empleo» (art. 40.1 CE); tal y como se viene configurando tradicionalmente, el fomento del empleo destinando fondos públicos a la generación de empleo en cualquier sector con independencia de su estacionalidad solo perpetúa el problema.

Esta materia debe ser ordenada selectivamente por parte del Gobierno y destinarse, además de a los colectivos con mayor índice de desempleo, a nuevas actividades empresariales que complementen los periodos de inactividad de los sectores que son fuente de precariedad laboral¹⁰¹.

¹⁰¹ Un ejemplo de medidas en esta dirección lo constituyen los programas de fomento de empleo agrario para Andalucía y Extremadura y en las zonas rurales deprimidas, (regulado entre otros en: [RD 939/1997, de 20 de junio](#), [Ley 45/2002, de 12 de diciembre](#), o [Ley 38/2003, de 17 de noviembre](#)) que introducen el fomento del empleo a través de la ejecución de programas públicos dirigidos a trabajadores agrícolas desempleados y subvenciones a la contratación, pero que se otorgan solo cuando existan campañas agrícolas en marcha. La intervención pública en la ordenación y mejora de los sectores productivos se encuentra formulada en los artículos 130 y 131 de la CE.

Un ejemplo de una medida normativa adecuada, la encontramos en la disposición adicional duodécima de la [Ley 3/2012](#), que dirigida a las empresas del ámbito turístico y hostelero destina incentivos a la contratación de forma apropiada pues fomenta el mantenimiento del empleo en estos espacios productivos tan estacionalizados. A través de la referida norma se introduce una bonificación específica a la contratación de los trabajadores fijos discontinuos o de temporada, para fomentar la reutilización y, en su caso, el mantenimiento de estos contratos en el sector: *«las empresas, excluidas las pertenecientes al sector público, dedicadas a actividades encuadradas en los sectores de turismo, comercio vinculado al mismo y hostelería que generen actividad productiva en los meses de marzo y de noviembre de cada año y que inicien y/o mantengan en alta durante dichos meses la ocupación de los trabajadores con contratos de carácter fijo discontinuo, podrán aplicar una bonificación en dichos meses del 50% de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes, así como por los conceptos de recaudación conjunta de Desempleo, FOGASA y Formación profesional de dichos trabajadores»*.

Directamente relacionada con esta cuestión, encontramos un segundo elemento también estructural, que incide muy negativamente en el modelo productivo nacional: la práctica inexistencia de asesoramiento público y las deficiencias en la cualificación empresarial a la hora de seleccionar el tipo de actividad productiva a emprender, carencias que en parte competen a los poderes públicos en cumplimiento de *«la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación»* (art. 38 [CE](#)). Las insuficiencias en la cualificación empresarial en muchas ocasiones provocan la toma de decisiones inapropiadas, que finalmente acarrearán el cierre empresarial y la consiguiente destrucción de empleo. El examen de la débil regulación sobre la cualificación del sujeto empresarial presente en nuestra normativa requeriría un examen más detallado que supera el objeto de este estudio, pero se trata de una cuestión alertada por instituciones nada sospechosas de contrariar los intereses del colectivo empresarial¹⁰² y que la propia normativa reguladora de la figura del emprendedor reconoce¹⁰³. Para solventar estas deficiencias se ha generado toda una red de apoyo y asesoramiento a la empresa, y especialmente para las pymes, cuya medida estrella es la creación de los *Puntos de Atención al Emprendedor* (art. 13, [Ley 14/2013](#)) entre cuyas funciones se encuentra la de prestar asesoramiento y formación para la creación de nuevas empresas; los recursos públicos destinados para el generación de nuevos empresarios es ingente: la Ventanilla Única Empresarial, los CIRCE, los PAID o las Antenas camerales son ejemplos de diferentes organismos destinados a apoyar al

¹⁰² AA. VV., PÉREZ GARCÍA, F., (dir.): *Crecimiento y competitividad. Los retos de la recuperación*, Informe Fundación BBVA-IVIE, 2013, págs. 30 y 247; demostrando además mediante datos estadísticos la sobrecualificación de la mano de obra en nuestro país en relación con la categoría profesional de los puestos de trabajo ocupados, pág. 204, en: http://www.fbbva.es/TLFU/dat/Informe%20FBBVA-IVIE%202013_web.pdf (consultado el 14 de abril de 2014).

¹⁰³ Tratando de paliar los defectos en la cualificación empresarial, la [Ley 14/2013](#) establece el «*emprendimiento*», «*el espíritu emprendedor*» o la «*ética empresarial*» como materias que deben incorporarse al sistema educativo español desde primaria hasta el ámbito universitario. Sobre las dificultades e inconvenientes de esta operación: PÉREZ REY, J.: «¿Un derecho a la medida de la empresa? Nota sobre la enseñanza por competencias del Derecho del Trabajo», *RDS*, núm. 63, 2013, especialmente págs. 220-221 y 229-232.

empresariado en cuanto a asesoramiento, formación y financiación, que nuevamente se inspiran en directrices comunitarias¹⁰⁴. Esperemos que tamaña inversión pública arroje resultados positivos sobre la creación de empleo, desafortunadamente en todo caso será empleo precario pues, tal y como hemos analizado, el substrato normativo sobre el que se sustentará esa nueva generación de emprendedores ni es equilibrado ni es el adecuado.

¹⁰⁴ Las funciones de los distintos organismos y acceso a ellos en: <http://www.ventanillaempresarial.org/opencms/opencms/es/Servicios/tramites/> (consultado el 22 de julio de 2014). En el ámbito europeo, destacar que las instituciones comunitarias están trabajando en la coordinación de los diferentes Estados en materia de generación de nuevo tejido empresarial; el *Proyecto Enterprise4all*, encuadrado en el marco del programa de *Transferencia de la innovación Leonardo Da Vinci* tiene como objetivo el desarrollo de una metodología integral en materia de emprendimiento que sea común en todos los países de Europa y se emplee de manera generalizada en los procesos de formación empresarial.